

CHAMBRE DES REPRÉSENTANTS
DE BELGIQUE

11 mai 2011

PROJET DE LOI

**modifiant la loi du 20 juillet 1990
relative à la détention préventive
et le Code d'instruction criminelle,
afin de conférer des droits à toute personne
auditionnée et à toute personne
privée de liberté, et en particulier
le droit de consulter un avocat
et d'être assistée par lui**

**AVIS DU CONSEIL D'ÉTAT
N° 49 413/AG
du 19 avril 2011**

Document précédent:

Doc 53 1279/ (2010/2011):

001: Projet de loi transmis par le Sénat.

BELGISCHE KAMER VAN
VOLKSVERTEGENWOORDIGERS

11 mei 2011

WETSONTWERP

**tot wijziging van de wet
van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige
hechtenis en van het Wetboek
van strafvordering, om aan elkeen die wordt
verhoord en aan elkeen die van zijn vrijheid
wordt beroofd rechten te verlenen,
waaronder het recht om een advocaat te
raadplegen en door hem te worden bijgestaan**

**ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE
NR. 49 413/AV
van 19 april 2011**

Voorgaand document:

Doc 53 1279/ (2010/2011):

001: Wetsontwerp overgezonden door de Senaat.

2014

N-VA	:	Nieuw-Vlaamse Alliantie	
PS	:	Parti Socialiste	
MR	:	Mouvement Réformateur	
CD&V	:	Christen-Democratisch en Vlaams	
sp.a	:	socialistische partij anders	
Ecolo-Groen!	:	Ecologistes Confédérés pour l'organisation de luttes originales — Groen	
Open Vld	:	Open Vlaamse liberalen en democraten	
VB	:	Vlaams Belang	
cdH	:	centre démocrate Humaniste	
LDD	:	Lijst Dedecker	
INDEP-ONAFH	:	Indépendant - Onafhankelijk	

<i>Abréviations dans la numérotation des publications:</i>		<i>Afkortingen bij de nummering van de publicaties:</i>	
DOC 53 0000/000:	Document parlementaire de la 53 ^{ème} législature, suivi du n° de base et du n° consécutif	DOC 53 0000/000:	Parlementair document van de 53 ^e zittingsperiode + basisnummer en volgnummer
QRVA:	Questions et Réponses écrites	QRVA:	Schriftelijke Vragen en Antwoorden
CRIV:	Version Provisoire du Compte Rendu intégral (couverture verte)	CRIV:	Voorlopige versie van het Integraal Verslag (groene kaft)
CRABV:	Compte Rendu Analytique (couverture bleue)	CRABV:	Beknopt Verslag (blauwe kaft)
CRIV:	Compte Rendu Intégral, avec, à gauche, le compte rendu intégral et, à droite, le compte rendu analytique traduit des interventions (avec les annexes) (PLEN: couverture blanche; COM: couverture saumon)	CRIV:	Integraal Verslag, met links het definitieve integraal verslag en rechts het vertaald beknopt verslag van de toespraken (met de bijlagen) (PLEN: witte kaft; COM: zalmkleurige kaft)
PLEN:	Séance plénière	PLEN:	Plenum
COM:	Réunion de commission	COM:	Commissievergadering
MOT:	Motions déposées en conclusion d'interpellations (papier beige)	MOT:	Moties tot besluit van interpellaties (beigekleurig papier)

<i>Publications officielles éditées par la Chambre des représentants</i>		<i>Officiële publicaties, uitgegeven door de Kamer van volksvertegenwoordigers</i>	
<i>Commandes:</i>		<i>Bestellingen:</i>	
Place de la Nation 2		Natieplein 2	
1008 Bruxelles		1008 Brussel	
Tél. : 02/ 549 81 60		Tel. : 02/ 549 81 60	
Fax : 02/549 82 74		Fax : 02/549 82 74	
www.lachambre.be		www.dekamer.be	
e-mail : publications@lachambre.be		e-mail : publicaties@dekamer.be	

**AVIS DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT
N° 49 413/AG DU 19 AVRIL 2011**

Le Conseil d'État, assemblée générale de la section de législation, saisi par le Président de la Chambre des représentants, le 18 mars 2011, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours prorogé à quarante-cinq jours ⁽¹⁾, sur un projet de loi "modifiant la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive et le Code d'instruction criminelle, afin de conférer des droits à toute personne auditionnée et à toute personne privée de liberté, et en particulier le droit de consulter un avocat et d'être assistée par lui" (*Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, n° 53-1279/1), a donné l'avis suivant:

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation s'est limitée à l'examen de la compétence de l'auteur de l'acte, du fondement juridique ¹ et de l'accomplissement des formalités prescrites.

*
**

PORTÉE DU PROJET

2. Comme l'indique son intitulé, le projet de loi soumis pour avis vise à "conférer des droits à toute personne auditionnée et à toute personne privée de liberté, et en particulier le droit de consulter un avocat et d'être assistée par lui". Le projet a été adopté par le Sénat le 3 mars 2011 et il a été transmis à la Chambre des représentants.

Par ce projet, le Sénat entend donner suite à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, notamment à l'arrêt *Salduz c. Turquie*, rendu par la Grande Chambre de la Cour le 27 novembre 2008 ².

⁽¹⁾ Cette prorogation résulte de l'article 84, § 1^{er}, 1^o, des lois coordonnées sur le Conseil d'État qui dispose que le délai de trente jours est prorogé à quarante-cinq jours dans le cas où l'avis est donné par l'assemblée générale en application de l'article 85.

¹ S'agissant d'un projet de loi, on entend par fondement juridique la conformité aux normes supérieures.

² Cour eur. dr. h. (GC), 27 novembre 2008, *Salduz c. Turquie*, n° 36391/02, à paraître dans *CEDH* 2008.

**ADVIES VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE
NR. 49 413/AV VAN 19 APRIL 2011**

De Raad van State, algemene vergadering van de afdeling Wetgeving, op 18 maart 2011 door de Voorzitter van de Kamer van Volksvertegenwoordigers verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen verlengd tot vijfenveertig dagen ⁽¹⁾, van advies te dienen over een ontwerp van wet "tot wijziging van de wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis en van het Wetboek van strafvordering, om aan elkeen die wordt verhoord en aan elkeen die van zijn vrijheid wordt beroofd rechten te verlenen, waaronder het recht om een advocaat te raadplegen en door hem te worden bijgestaan" (*Parl. St. Kamer*, 2010-2011, nr 53-1279/1), heeft het volgende advies gegeven:

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich beperkt tot het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond ¹, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*
**

STREKKING VAN HET ONTWERP

2. Het voor advies voorgelegde ontwerp van wet strekt ertoe, zoals in het opschrift wordt aangegeven, "om aan elkeen die wordt verhoord en aan elkeen die van zijn vrijheid wordt beroofd rechten te verlenen, waaronder het recht om een advocaat te raadplegen en door hem te worden bijgestaan". Het ontwerp is door de Senaat aangenomen op 3 maart 2011 en overgezonden aan de Kamer van volksvertegenwoordigers.

Met het ontwerp wil de Senaat tegemoetkomen aan de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, in het bijzonder aan het arrest *Salduz t. Turkije*, door de Grote Kamer van het Hof gewezen op 27 november 2008 ².

⁽¹⁾ Deze verlenging vloeit voort uit artikel 84, § 1, 1^o, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State waarin wordt bepaald dat de termijn van dertig dagen verlengd wordt tot vijfenveertig dagen in het geval waarin het advies gegeven wordt door de algemene vergadering met toepassing van artikel 85.

¹ Aangezien het om een voorontwerp van wet gaat, wordt onder rechtsgrond de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

² EHRM (Gr. K.), 27 november 2008, *Salduz t. Turkije*, nr. 36391/02, te verschijnen in *ECHR*, 2008.

3. Le projet prévoit trois types de mesures.

Tout d'abord, il contient des dispositions applicables à toute audition, quelle que soit la qualité de la personne entendue. Elles concernent donc "toutes les personnes entendues en quelque qualité que ce soit: victimes, témoins, dénonciateurs ou suspects"³ Actuellement, l'article 47bis du Code d'instruction criminelle énumère une série de communications qui doivent être faites à la personne interrogée. Le projet dispose que les dispositions existantes sont réunies dans un paragraphe 1^{er} et il complète l'énumération par deux éléments, à savoir que la personne interrogée est informée succinctement des faits sur lesquels elle sera entendue et qu'elle ne peut être contrainte de s'accuser elle-même. En outre, il est prévu que toutes ces communications sont mentionnées dans le procès-verbal d'audition (article 2, 1^o, du projet).

Ensuite, le projet contient des dispositions concernant l'audition d'une personne sur des infractions qui peuvent lui être imputées. Ces dispositions sont applicables que la personne soit ou non privée de liberté. Une série de communications doivent être faites à la personne qui sera interrogée. La principale concerne le droit dont elle jouit, avant la première audition, de se concerter confidentiellement avec un avocat de son choix ou avec un avocat qui lui est désigné. Toutefois, ce droit n'existe que pour autant que l'intéressé soit suspecté d'une infraction pouvant donner lieu à la délivrance d'un mandat d'arrêt. En outre, ce droit est totalement exclu pour les auditions portant sur les infractions de roulage. Les dispositions visées sont insérées dans un nouveau paragraphe 2 de l'article 47bis du Code d'instruction criminelle (article 2, 2^o, du projet). Il est à noter que si l'intéressé n'est pas privé de sa liberté, il n'a pas droit à l'assistance de son avocat pendant les auditions.

Enfin, le projet contient des dispositions concernant l'audition d'une personne privée de liberté. Cette personne doit être informée du fait qu'elle jouit d'un certain nombre de droits particuliers énumérés dans la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive (ci-après: loi détention préventive) (article 47bis, § 3, en projet, du Code d'instruction criminelle; article 2, 2^o, du projet). Les droits en question font l'objet de dispositions insérées dans cette loi. L'intéressé a notamment le droit, avant son premier interrogatoire par les services de police (ou, à défaut, par le procureur du Roi ou le juge d'instruction), de se concerter confidentiellement avec un avocat de son choix ou un avocat mis à sa disposition par l'Ordre des barreaux francophones et germanophone ou l'Orde van Vlaamse balies. Cette concertation, d'une durée maximale de trente minutes, doit avoir lieu dans les deux heures (article 2bis, § 1^{er}, en projet, de la loi détention préventive; article 3 du projet). En outre, la personne arrêtée a le droit d'être assistée de son avocat lors des auditions qui ont lieu dans les premières 24 heures suivant son arrestation (article 2bis, § 2, en projet, de la loi détention préventive; article 3 du projet). Une décision motivée du procureur du Roi ou du juge d'instruction permet, exceptionnellement,

³ Déclaration du ministre de la Justice, rapport au nom de la commission de la Justice, *Doc. parl.*, Sénat, 2010-11, n° 5-663/4, p. 30.

3. Het ontwerp voorziet in drie soorten maatregelen.

In de eerste plaats bevat het ontwerp bepalingen die gelden voor elk verhoor, ongeacht de hoedanigheid waarin de persoon wordt verhoord. Het gaat dus "zowel om slachtoffers, getuigen, aangevers als verdachten"³. Thans somt artikel 47bis van het Wetboek van Strafvordering een reeks mededelingen op die aan de ondervraagde persoon moeten worden gedaan. Het ontwerp bepaalt dat die bestaande bepalingen worden ondergebracht in een paragraaf 1 en voegt aan de opsomming twee elementen toe, namelijk de beknopte mededeling van de feiten waarover de ondervraagde persoon zal worden verhoord en de mededeling dat deze persoon niet verplicht kan worden zichzelf te beschuldigen. Bovendien wordt bepaald dat van al de mededelingen melding wordt gemaakt in het proces-verbaal van verhoor (artikel 2, 1^o, van het ontwerp).

Vervolgens bevat het ontwerp bepalingen in verband met het verhoor van een persoon aangaande misdrijven die hem ten laste kunnen worden gelegd. Die bepalingen gelden ongeacht of de betrokkene van zijn vrijheid is beroofd of niet. Aan de te ondervragen persoon moeten een reeks mededelingen worden gedaan. De belangrijkste mededeling heeft betrekking op het recht om vóór het eerste verhoor een vertrouwelijk overleg te hebben met een advocaat naar keuze of een toegewezen advocaat. Dit recht geldt evenwel slechts voor zover de betrokkene verdacht wordt van een misdrijf dat aanleiding kan geven tot een bevel tot aanhouding. Bovendien wordt het recht volledig uitgesloten voor verhoren die te maken hebben met verkeersmisdrijven. De bedoelde bepalingen worden ingevoegd in een nieuwe paragraaf 2 van artikel 47bis van het Wetboek van Strafvordering (artikel 2, 2^o, van het ontwerp). Opgemerkt moet worden dat, als de betrokkene niet van zijn vrijheid is beroofd, hij geen recht heeft op bijstand door zijn advocaat tijdens de verhoren.

Ten slotte bevat het ontwerp bepalingen in verband met het verhoor van een persoon die van zijn vrijheid is beroofd. Aan die persoon moet meegedeeld worden dat hij beschikt over een aantal bijzondere rechten, die opgesomd worden in de wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis (hierna: Voorlopige Hechteniswet) (ontworpen artikel 47bis, § 3, van het Wetboek van Strafvordering; artikel 2, 2^o, van het ontwerp). De desbetreffende rechten maken het voorwerp uit van bepalingen die worden ingevoegd in de laatstgenoemde wet. De betrokkene heeft met name het recht om, vóór zijn eerste verhoor door de politiediensten (of, bij gebreke hieraan, door de procureur des Konings of de onderzoeksrechter), een vertrouwelijk overleg te hebben met een advocaat naar keuze of een advocaat die hem door de permanentiedienst van de Orde van Vlaamse balies of de *Ordre des barreaux francophones et germanophone* ter beschikking wordt gesteld. Dat overleg moet binnen de twee uren plaatsvinden en mag maximum dertig minuten duren (ontworpen artikel 2bis, § 1, van de Voorlopige Hechteniswet; artikel 3 van het ontwerp). De aangehouden persoon heeft bovendien recht op bijstand door zijn advocaat tijdens de verhoren die plaatsvinden binnen de eerste 24 uur na zijn aanhouding (ontworpen artikel 2bis, § 2,

³ Verklaring van de minister van Justitie, verslag namens de commissie voor de Justitie, *Parl. St.*, Senaat, 2010-11, nr. 5-663/4, blz. 30.

de déroger au droit de se concerter confidentiellement avec un avocat et au droit à l'assistance d'un avocat pendant les auditions (article 2*bis*, § 5, en projet, de la loi détention préventive; article 3 du projet). Lorsque l'inculpé est interrogé ultérieurement par le juge d'instruction en vue de lui délivrer un mandat d'arrêt, il a également le droit d'être assisté de son avocat lors de cet interrogatoire (article 16, § 2, alinéa 2, en projet, de la loi détention préventive; article 5 du projet). Enfin, la personne arrêtée a le droit de principe à ce qu'une personne de confiance soit informée de son arrestation ainsi que le droit à une assistance médicale (article 2*bis*, §§ 3 et 4, en projet, de la loi détention préventive; article 3 du projet).

4. Selon l'article 12 de la Constitution, en cas d'arrestation d'une personne, une "ordonnance motivée du juge" doit être signifiée "au moment de l'arrestation, ou au plus tard dans les vingt-quatre heures". Afin que ce délai puisse être respecté, le projet permet au juge d'instruction, dans le délai de 24 heures visé, de prendre une ordonnance motivée visant à prolonger le délai. Dans ce cas, il s'agit de "l'ordonnance du juge" visée par la Constitution, au titre de laquelle le suspect est maintenu en détention. Cette privation de liberté ne peut excéder vingt-quatre heures: le juge d'instruction doit décider dans ce délai s'il délivre ou non un mandat d'arrêt formel. Durant la nouvelle période de vingt-quatre heures, la personne arrêtée a de nouveau le droit de se concerter confidentiellement, pendant trente minutes, avec son avocat (article 15*bis*, en projet, de la loi détention préventive; article 4 du projet).

OBSERVATION GÉNÉRALE

5. Il ressort des développements de la proposition, devenue le présent projet de loi, que le projet "doit apporter une réponse aux exigences qui découlent de la 'jurisprudence Salduz', pas plus mais également pas moins que cela"⁴.

Pour l'heure, la Cour européenne n'a pas encore condamné la Belgique pour violation de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) telle qu'elle a été interprétée dans l'affaire Salduz⁵. L'article 46, § 1, CEDH, qui oblige les États à exécuter les arrêts prononcés à leur encontre, n'est dès lors pas d'application. Il n'empêche que la Belgique, tout comme

⁴ Développements, *Doc. parl.*, Sénat, 2010-11, n° 5-663/1, p. 7.

⁵ Dans une affaire contre la Belgique, la Cour européenne a toutefois considéré que l'impossibilité pour un suspect en état d'arrestation d'avoir accès à son avocat, avant son interrogatoire par le juge d'instruction, constitue normalement une violation de l'article 6 CEDH. Dans cette affaire, il faut cependant constater que l'intéressé avait finalement été acquitté, si bien que l'impossibilité de se faire assister par un avocat n'a pas nui à l'équité de la procédure (Cour eur. dr. h., décision du 2 mars 2010, Bouglame c. Belgique, n° 16147/08).

van de Voorlopige Hechteniswet; artikel 3 van het ontwerp). Van het recht op een vertrouwelijk overleg met een advocaat en het recht op bijstand door een advocaat tijdens de verhoren kan uitzonderlijk worden afgeweken, bij gemotiveerde beslissing van de procureur des Konings of de onderzoeksrechter (ontworpen artikel 2*bis*, § 5, van de Voorlopige Hechteniswet; artikel 3 van het ontwerp). Wanneer de verdachte nadien wordt ondervraagd door de onderzoeksrechter, met het oog op het verlenen van een bevel tot aanhouding, heeft hij eveneens recht op bijstand door zijn advocaat tijdens die ondervraging (ontworpen artikel 16, § 2, tweede lid, van de Voorlopige Hechteniswet; artikel 5 van het ontwerp). Het ontwerp voorziet ten slotte in het principiële recht voor de aangehouden persoon om een vertrouwenspersoon over zijn aanhouding in te lichten en in het recht op medische bijstand (ontworpen artikel 2*bis*, §§ 3 en 4, van de Voorlopige Hechteniswet; artikel 3 van het ontwerp).

4. Volgens artikel 12 van de Grondwet moet, in geval van aanhouding van een persoon, "een met redenen omkleed bevel van de rechter" worden betekend "bij de aanhouding of uiterlijk binnen vierentwintig uren". Om het naleven van die termijn mogelijk te maken voorziet het ontwerp in de mogelijkheid voor de onderzoeksrechter om, binnen de bedoelde termijn van 24 uren, een gemotiveerd bevel tot verlenging van de termijn te nemen. Dat bevel is dan het in de Grondwet bedoelde "bevel van de rechter", dat de titel vormt voor de verdere vrijheidsbenaming van de verdachte. Die vrijheidsbenaming mag niet langer duren dan 24 uren: binnen die termijn moet de onderzoeksrechter beslissen of hij al dan niet een formeel bevel tot aanhouding verleent. Tijdens de nieuwe periode van 24 uren heeft de aangehouden persoon het recht om opnieuw, gedurende dertig minuten, vertrouwelijk overleg te plegen met zijn advocaat (ontworpen artikel 15*bis* van de Voorlopige Hechteniswet; artikel 4 van het ontwerp).

ALGEMENE OPMERKING

5. Uit de toelichting bij het voorstel dat geleid heeft tot het voorliggende wetsontwerp blijkt dat het ontwerp "een antwoord [moet] bieden op de vereisten die voortvloeien uit de 'Salduz-rechtspraak', niet meer maar ook niet minder dan dat"⁴.

Op dit ogenblik is België door het Europees Hof nog niet veroordeeld wegens een schending van het Europees Verdrag over de rechten van de mens (EVRM) zoals dit in de zaak Salduz is geïnterpreteerd⁵. Artikel 46, § 1, EVRM, dat de staten verplicht tot de uitvoering van de tegen hen gewezen arresten, is dan ook niet van toepassing. Dit neemt niet

⁴ Toelichting, *Parl. St.*, Senaat, 2010-11, nr. 5-663/1, p. 7.

⁵ Wel heeft het Europees Hof in een zaak tegen België overwogen dat de onmogelijkheid voor een aangehouden verdachte om vóór zijn ondervraging door de onderzoeksrechter contact te hebben met zijn advocaat, normaal een schending van artikel 6 EVRM uitmaakt. In die zaak werd echter vastgesteld dat de betrokkene uiteindelijk was vrijgesproken, zodat de onmogelijkheid om zich te laten bijstaan door een advocaat geen afbreuk heeft gedaan aan het eerlijk karakter van de procedure (EHRM, beslissing 2 maart 2010, Bouglame t. België, nr. 16147/08).

l'ensemble des États signataires de la CEDH, est tenue de respecter cette convention. L'interprétation que la Cour européenne donne aux dispositions de la CEDH, également dans des affaires concernant d'autres États, revêt une autorité particulière à cet égard.

Conformément à la volonté des auteurs de la proposition initiale, le Conseil d'État exercera son contrôle dans le cadre de l'article 6, §§ 1 et 3, c, CEDH, tel qu'il est interprété dans l'arrêt Salduz, en tenant compte de l'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne.

6. S'agissant de l'examen du projet, il paraît utile de citer *in extenso* les "principes généraux" applicables en l'espèce, tels qu'ils ont été exposés par la Cour européenne dans l'arrêt Salduz:

"50. La Cour rappelle que si l'article 6 [de la Convention européenne des droits de l'homme] a pour finalité principale, au pénal, d'assurer un procès équitable devant un "tribunal" compétent pour décider du "bien-fondé de l'accusation", il n'en résulte pas qu'il se désintéresse des phases qui se déroulent avant la procédure de jugement. Ainsi, l'article 6 — spécialement son paragraphe 3 — peut jouer un rôle avant la saisine du juge du fond si, et dans la mesure où, son inobservation initiale risque de compromettre gravement l'équité du procès (*Imbrioscia c. Suisse*, 24 novembre 1993, série A n° 275], § 36). Ainsi qu'il est établi dans la jurisprudence de la Cour, le droit énoncé au paragraphe 3 c) de l'article 6 constitue un élément parmi d'autres de la notion de procès équitable en matière pénale contenue au paragraphe 1 (*Imbrioscia*, précité, § 37, et [*Brennan c. Royaume-Uni*], n° 39846/98, CEDH 2001-X, § 45).

51. La Cour réaffirme par ailleurs que, quoique non absolu, le droit de tout accusé à être effectivement défendu par un avocat, au besoin commis d'office, figure parmi les éléments fondamentaux du procès équitable (*Poitrimol c. France*, 23 novembre 1993, § 34, série A n° 277-A, et *Dembukov c. Bulgarie*, n° 68020/01, § 50, 28 février 2008). Cela étant, l'article 6 § 3 c) ne précise pas les conditions d'exercice du droit qu'il consacre. Il laisse ainsi aux États contractants le choix des moyens propres à permettre à leur système judiciaire de le garantir, la tâche de la Cour consistant à rechercher si la voie qu'ils ont empruntée cadre avec les exigences d'un procès équitable. À cet égard, il ne faut pas oublier que la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais "concrets et effectifs" et que la nomination d'un conseil n'assure pas à elle seule l'effectivité de l'assistance qu'il peut procurer à l'accusé (*Imbrioscia*, précité, § 38).

52. Une législation nationale peut attacher à l'attitude d'un prévenu à la phase initiale des interrogatoires de police des conséquences déterminantes pour les perspectives de la défense lors de toute procédure pénale ultérieure. En pareil cas, l'article 6 exige normalement que le prévenu puisse bénéficier de l'assistance d'un avocat dès les premiers stades des interrogatoires de police. Ce droit, que la Convention n'énonce pas expressément, peut toutefois être soumis à des restrictions pour des raisons valables. Il s'agit donc, dans

weg dat België, zoals alle staten die partij zijn bij het EVRM, verplicht is om het EVRM na te leven. De interpretatie die het Europees Hof aan de bepalingen van het EVRM geeft, ook in zaken die andere staten betreffen, heeft in dit verband een bijzonder gezag.

In overeenstemming met de bedoeling van de indieners van het oorspronkelijke voorstel, zal de Raad van State artikel 6, §§ 1 en 3, c, EVRM, zoals geïnterpreteerd in het arrest Salduz, als toetsingskader nemen, daarbij rekening houdend met de evolutie van de rechtspraak van het Europees Hof.

6. Met het oog op het onderzoek van het ontwerp lijkt het nuttig om de terzake toepasselijke "algemene beginselen", zoals het Europees Hof die in het arrest Salduz heeft uiteenzet, *in extenso* te citeren:

"50. *The Court reiterates that, even if the primary purpose of Article 6 [of the European Convention on Human Rights], as far as criminal proceedings are concerned, is to ensure a fair trial by a "tribunal" competent to determine "any criminal charge", it does not follow that the Article has no application to pre-trial proceedings. Thus, Article 6 — especially paragraph 3 — may be relevant before a case is sent for trial if and so far as the fairness of the trial is likely to be seriously prejudiced by an initial failure to comply with its provisions (Imbrioscia v. Switzerland, 24 November 1993, Series A n° 275], § 36). As the Court has already held in its previous judgments, the right set out in paragraph 3 (c) of Article 6 of the Convention is one element, amongst others, of the concept of a fair trial in criminal proceedings contained in paragraph 1 (Imbrioscia, cited above, § 37, and [Brennan v. the United Kingdom, n° 39846/98, ECHR 2001-X], § 45).*

51. *The Court further reiterates that although not absolute, the right of everyone charged with a criminal offence to be effectively defended by a lawyer, assigned officially if need be, is one of the fundamental features of fair trial (Poitrimol v. France, 23 November 1993, § 34, Series A n° 277-A, and Dembukov v. Bulgaria, no. 68020/01, § 50, 28 February 2008). Nevertheless, Article 6 § 3 (c) does not specify the manner of exercising this right. It thus leaves to the Contracting States the choice of the means of ensuring that it is secured in their judicial systems, the Court's task being only to ascertain whether the method they have chosen is consistent with the requirements of a fair trial. In this respect, it must be remembered that the Convention is designed to "guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective" and that assigning counsel does not in itself ensure the effectiveness of the assistance he may afford an accused (Imbrioscia, cited above, § 38).*

52. *National laws may attach consequences to the attitude of an accused at the initial stages of police interrogation which are decisive for the prospects of the defence in any subsequent criminal proceedings. In such circumstances, Article 6 will normally require that the accused be allowed to benefit from the assistance of a lawyer already at the initial stages of police interrogation. However, this right has so far been considered capable of being subject to restrictions for good cause. The question, in each case, has therefore been*

chaque cas, de savoir si la restriction litigieuse est justifiée et, dans l'affirmative, si, considérée à la lumière de la procédure dans son ensemble, elle a ou non privé l'accusé d'un procès équitable, car même une restriction justifiée peut avoir pareil effet dans certaines circonstances (voir [John Murray c. Royaume-Uni, 8 février 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-I], § 63, Brennan, précité, § 45, et [Magee c. Royaume-Uni, n° 28135/95, CEDH 2000-VI], § 44).

53. Les principes décrits au paragraphe 52 ci-dessus cadrent également avec les normes internationales généralement reconnues en matière de droits de l'homme (paragraphe 37-42 ci-dessus) qui se trouvent au cœur de la notion de procès équitable et dont la raison d'être tient notamment à la nécessité de protéger l'accusé contre toute coercition abusive de la part des autorités. Ils contribuent à la prévention des erreurs judiciaires et à la réalisation des buts poursuivis par l'article 6, notamment l'égalité des armes entre les autorités d'enquête ou de poursuite et l'accusé.

54. La Cour souligne l'importance du stade de l'enquête pour la préparation du procès, dans la mesure où les preuves obtenues durant cette phase déterminent le cadre dans lequel l'infraction imputée sera examinée au procès (*Can c. Autriche*, n° 9300/81, rapport de la Commission du 12 juillet 1984, § 50, série A n° 96). Parallèlement, un accusé se trouve souvent dans une situation particulièrement vulnérable à ce stade de la procédure, effet qui se trouve amplifié par le fait que la législation en matière de procédure pénale tend à devenir de plus en plus complexe, notamment en ce qui concerne les règles régissant la collecte et l'utilisation des preuves. Dans la plupart des cas, cette vulnérabilité particulière ne peut être compensée de manière adéquate que par l'assistance d'un avocat, dont la tâche consiste notamment à faire en sorte que soit respecté le droit de tout accusé de ne pas s'incriminer lui-même. Ce droit présuppose que, dans une affaire pénale, l'accusation cherche à fonder son argumentation sans recourir à des éléments de preuve obtenus par la contrainte ou les pressions au mépris de la volonté de l'accusé (*Jalloh c. Allemagne [GC]*, n° 54810/00, § 100, CEDH 2006-..., et *Kolu c. Turquie*, n° 35811/97, § 51, 2 août 2005). Un prompt accès à un avocat fait partie des garanties procédurales auxquelles la Cour prête une attention particulière lorsqu'elle examine la question de savoir si une procédure a ou non anéanti la substance même du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination (voir, *mutatis mutandis*, *Jalloh*, précité, § 101). La Cour prend également note à cet égard des nombreuses recommandations du [Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants] (paragraphe 39-40 ci-dessus) soulignant que le droit de tout détenu à l'obtention de conseils juridiques constitue une garantie fondamentale contre les mauvais traitements. Toute exception à la jouissance de ce droit doit être clairement circonscrite et son application strictement limitée dans le temps. Ces principes revêtent une importance particulière dans le cas des infractions graves, car c'est face aux peines les plus lourdes que le droit à un procès équitable doit être assuré au plus haut degré possible par les sociétés démocratiques.

55. Dans ces conditions, la Cour estime que, pour que le droit à un procès équitable consacré par l'article 6 § 1 de

whether the restriction was justified and, if so, whether, in the light of the entirety of the proceedings, it has not deprived the accused of a fair hearing, for even a justified restriction is capable of doing so in certain circumstances (see [John Murray v. the United Kingdom, 8 February 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-I], § 63; Brennan, cited above, § 45, and [Magee v. the United Kingdom, n° 28135/95, ECHR 2000-VI], § 44).

53. These principles, outlined in paragraph 52 above, are also in line with the generally recognised international human rights standards (see paragraphs 37-42 above) which are at the core of the concept of a fair trial and whose rationale relates in particular to the protection of the accused against abusive coercion on the part of the authorities. They also contribute to the prevention of miscarriages of justice and the fulfilment of the aims of Article 6, notably equality of arms between the investigating or prosecuting authorities and the accused.

54. In this respect, the Court underlines the importance of the investigation stage for the preparation of the criminal proceedings, as the evidence obtained during this stage determines the framework in which the offence charged will be considered at the trial (Can v. Austria, n° 9300/81, Commission's report of 12 July 1984, § 50, Series A n° 96). At the same time, an accused often finds himself in a particularly vulnerable position at that stage of the proceedings, the effect of which is amplified by the fact that legislation on criminal procedure tends to become increasingly complex, notably with respect to the rules governing the gathering and use of evidence. In most cases, this particular vulnerability can only be properly compensated for by the assistance of a lawyer whose task it is, among other things, to help to ensure respect of the right of an accused not to incriminate himself. This right indeed presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused (see Jalloh v. Germany [GC], n° 54810/00, § 100, ECHR 2006-..., and Kolu v. Turkey, n° 35811/97, § 51, 2 August 2005). Early access to a lawyer is part of the procedural safeguards to which the Court will have particular regard when examining whether a procedure has extinguished the very essence of the privilege against self-incrimination (see, mutatis mutandis, Jalloh, cited above, § 101). In this connection, the Court also notes the recommendations of the [European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment] (paragraphs 39-40 above), in which the committee repeatedly stated that the right of a detainee to have access to legal advice is a fundamental safeguard against ill-treatment. Any exception to the enjoyment of this right should be clearly circumscribed and its application strictly limited in time. These principles are particularly called for in the case of serious charges, for it is in the face of the heaviest penalties that respect for the right to a fair trial is to be ensured to the highest possible degree by democratic societies.

55. Against this background, the Court finds that in order for the right to a fair trial to remain sufficiently "practical and

meure suffisamment “concret et effectif” (paragraphe 51 ci-dessus), il faut, en règle générale, que l'accès à un avocat soit consenti dès le premier interrogatoire d'un suspect par la police, sauf à démontrer, à la lumière des circonstances particulières de l'espèce, qu'il existe des raisons impérieuses de restreindre ce droit. Même lorsque des raisons impérieuses peuvent exceptionnellement justifier le refus de l'accès à un avocat, pareille restriction — quelle que soit sa justification — ne doit pas indûment préjudicier aux droits découlant pour l'accusé de l'article 6 (voir, mutatis mutandis, *Magee*, précité, § 44). Il est en principe porté une atteinte irrémédiable aux droits de la défense lorsque des déclarations incriminantes faites lors d'un interrogatoire de police subi sans assistance possible d'un avocat sont utilisées pour fonder une condamnation”.

7. Tant les auteurs de la proposition initiale que le Ministre de la Justice ont souligné que le texte proposé vise à anticiper sur la future législation en matière de droits procéduraux des suspects et des personnes poursuivies, élaborée par l'Union européenne en exécution de la résolution du Conseil du 30 novembre 2009 relative à la feuille de route visant à renforcer les droits procéduraux des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales⁶. Les dispositions du projet relatives au droit des suspects d'obtenir un document leur donnant un aperçu de leurs droits sont notamment inspirées d'une proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, émanant de la Commission européenne⁷.

Cette proposition de directive consacre également d'autres droits, tels que le droit d'accès au dossier répressif. Il appartient aux Chambres législatives de veiller à l'état d'avancement de ce texte pour, au besoin, être en mesure d'adapter le projet de loi à l'examen afin de se conformer au droit de l'Union européenne.

EXAMEN DU TEXTE

8. Compte tenu des principes exposés dans l'arrêt *Salduz*, le Conseil d'État examinera ci-après les aspects suivants du projet soumis pour avis: le champ d'application des dispositions en projet (1); le contenu du droit à l'assistance d'un avocat (2); la sanction en cas de non-respect du droit à l'assistance (3); la renonciation au droit à l'assistance (4); la faculté de déroger au droit à l'assistance (5).

1. Champ d'application des dispositions en projet

9. L'article 6, § 3, c, CEDH garantit en termes très généraux le droit à l'assistance d'un avocat. Cette disposition ne précise pas les conditions de l'exercice de ce droit. La

⁶ Développements, cités, p. 6; déclaration du Ministre de la Justice, rapport au nom de la Commission du Sénat, cité, p. 4.

⁷ Document COM(2010) 392 final du 20 juillet 2010.

*effective” (see paragraph 51 above) Article 6, § 1 requires that, as a rule, access to a lawyer should be provided as from the first interrogation of a suspect by the police, unless it is demonstrated in the light of the particular circumstances of each case that there are compelling reasons to restrict this right. Even where compelling reasons may exceptionally justify denial of access to a lawyer, such restriction — whatever its justification — must not unduly prejudice the rights of the accused under Article 6 (see, mutatis mutandis, *Magee*, cited above, § 44). The rights of the defence will in principle be irretrievably prejudiced when incriminating statements made during police interrogation without access to a lawyer are used for a conviction.”*

7. Zowel de indieners van het oorspronkelijke voorstel als de minister van Justitie hebben erop gewezen dat de voorgestelde tekst ook tracht te anticiperen op toekomstige regelgeving inzake de procedurele rechten van verdachten en beklaagden, zoals die binnen de Europese Unie wordt uitgewerkt ter uitvoering van de resolutie van de Raad van 30 november 2009 over een routekaart ter versterking van de procedurele rechten van verdachten en beklaagden in strafprocedures⁶. Met name de bepalingen van het ontwerp die verband houden met het recht van verdachten op het verkrijgen van een document dat een overzicht geeft van hun rechten, zijn geïnspireerd door een voorstel van de Europese Commissie voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het recht op informatie in strafprocedures⁷.

In dat voorstel voor een richtlijn worden nog andere rechten gehuldigd, zoals het recht op toegang tot het strafdossier. De Wetgevende Kamers zullen de voortgang van die regeling in het oog moeten houden om, zo nodig, in staat te zijn het voorliggende wetsontwerp aan te passen dat het in overeenstemming is met het recht van de Europese Unie.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

8. Gelet op de beginselen die in het arrest *Salduz* zijn uiteengezet, zal de Raad van State hierna ingaan op de volgende aspecten van het voor advies voorgelegde ontwerp: het toepassingsgebied van de ontworpen regeling (1); de inhoud van het recht op bijstand door een advocaat (2); de sanctie op de miskennis van het recht op bijstand (3); de afstand van het recht op bijstand (4); de mogelijkheid tot afwijking van het recht op bijstand (5).

1. Toepassingsgebied van de ontworpen regeling

9. Het recht op bijstand door een advocaat is in artikel 6, § 3, c, EVRM in zeer algemene bewoordingen gewaarborgd. Die bepaling preciseert niet welke de voorwaarden zijn voor

⁶ Toelichting, aangehaald, p. 6; verklaring van de minister van Justitie, verslag namens de Senaatscommissie, aangehaald, p. 4.

⁷ Document COM(2010) 392 final van 20 juli 2010.

Cour européenne en déduit que les États ont le choix des moyens pour garantir ce droit, étant entendu que le droit doit être garanti de façon concrète et effective⁸. Les législateurs nationaux disposent donc d'une certaine liberté d'appréciation pour déterminer les conditions dans lesquelles on peut bénéficier du droit à l'assistance et pour fixer le contenu de ce droit, dans les cas où il est d'application.

Cette partie de l'avis est consacrée à l'analyse du champ d'application des dispositions en projet. Le contenu du droit à l'assistance sera abordé plus loin⁹.

10. Comme il a été exposé lors de l'examen de la portée du projet, le Sénat a choisi de régler de manière différenciée le droit à l'assistance d'un avocat selon que la personne est privée ou non de sa liberté. Outre l'article 47bis, § 1^{er}, en projet, du Code d'instruction criminelle, qui contient des dispositions générales qui s'appliquent à toute audition, "[quelle que soit la] qualité" de la personne entendue, l'article 47bis, § 2, en projet, du même code comporte des dispositions qui s'appliquent à "l'audition d'une personne sur des infractions qui peuvent lui être imputées". Ces dernières dispositions valent notamment pour des inculpés qui ne sont pas privés de leur liberté. Pour ces personnes, le droit à l'assistance d'un avocat est toutefois limité: si les faits qui peuvent être imputés à l'inculpé concernent une infraction dont la sanction peut donner lieu à la délivrance d'un mandat d'arrêt¹⁰, il a uniquement le droit, avant la première audition, de se concerter confidentiellement avec un avocat de son choix¹¹. La présence physique effective de l'avocat au cours de l'audition n'est pas prévue. Les articles 2bis et 16, § 2, en projet, de la loi détention préventive règlent le droit à l'assistance après la privation de liberté. Pour les personnes privées de leur liberté, il est non seulement prévu un droit de consultation¹², mais également un droit d'assistance lors de l'interrogatoire par les services de police¹³. Ce droit à l'assistance est également accordé à l'inculpé que le juge d'instruction interroge en vue de la délivrance d'un mandat d'arrêt¹⁴.

Ces dispositions soulèvent un certain nombre de questions:

a) le critère de la privation de liberté peut-il être utilisé pour déterminer si et dans quelle mesure une personne bénéficie du droit à l'assistance d'un avocat ou faut-il utiliser l'audition comme critère?

b) faut-il également régler le droit à l'assistance pour d'autres situations de privation de liberté que celles qui sont réglées dans la loi détention préventive?

⁸ Cour eur. dr. h. (GC), 27 novembre 2008, Salduz c. Turquie, § 51.

⁹ Voir nos 21-24.

¹⁰ Une exception est encore faite pour les délits visés à l'article 138, 6°, 6°bis et 6°ter, du Code d'instruction criminelle, c'est-à-dire les délits relatifs à des infractions routières.

¹¹ Article 47bis, § 2, alinéa 1^{er}, 3°, en projet, du Code d'instruction criminelle.

¹² Article 2bis, § 1^{er}, en projet, de la loi détention préventive.

¹³ Article 2bis, § 2, en projet, de la loi détention préventive.

¹⁴ Article 16, § 2, alinéa 2, en projet, de la loi détention préventive.

de l'application de ce droit. Het Europees Hof leidt hieruit af dat de staten de keuze hebben van de middelen om dat recht te waarborgen, met dien verstande dat het recht concreet en effectief gewaarborgd moet zijn⁸. De nationale wetgevers beschikken dus over een zekere beoordelingsvrijheid om te bepalen onder welke voorwaarden het recht op bijstand kan worden genoten, en om de inhoud daarvan te bepalen, in de gevallen waarin het van toepassing is.

In dit onderdeel van het advies wordt ingegaan op het toepassingsgebied van de ontworpen regeling. De inhoud van het recht op bijstand komt later aan bod⁹.

10. Zoals bij de beschrijving van de strekking van het ontwerp is uiteengezet, heeft de Senaat gekozen voor een gedifferentieerde regeling van het recht op bijstand door een advocaat, naargelang de persoon al dan niet van zijn vrijheid is beroofd. Afgezien van het ontworpen artikel 47bis, § 1, van het Wetboek van Strafvordering, dat algemene bepalingen bevat die gelden bij elk verhoor, "ongeacht in welke hoedanigheid" de persoon wordt verhoord, bevat het ontworpen artikel 47bis, § 2, van hetzelfde wetboek bepalingen die gelden voor "het verhoor van een persoon aangaande misdrijven die hem ten laste kunnen worden gelegd". Deze laatste bepalingen gelden met name voor verdachten die niet van hun vrijheid zijn beroofd. Voor die personen is het recht op bijstand door een advocaat evenwel beperkt: mits de feiten die de verdachte ten laste kunnen worden gelegd een misdrijf betreffen waarvan de straf aanleiding kan geven tot het verlenen van een bevel tot aanhouding¹⁰ is er enkel een recht om vóór het eerste verhoor een vertrouwelijk overleg te hebben met een advocaat naar keuze¹¹. Er wordt niet voorzien in de daadwerkelijke fysieke aanwezigheid van de advocaat tijdens het verhoor. De ontworpen artikelen 2bis en 16, § 2, van de Voorlopige Hechteniswet regelen het recht op bijstand na vrijheidsberoving. Voor personen die van hun vrijheid zijn beroofd, wordt voorzien, niet enkel in een consultatierecht¹², maar ook in een recht op bijstand tijdens het verhoor door de politiediensten¹³. Dat recht op bijstand wordt eveneens toegekend aan de verdachte die door de onderzoeksrechter wordt ondervraagd, met het oog op het verlenen van een bevel tot aanhouding¹⁴.

Die regeling doet een aantal vragen rijzen:

a) mag het criterium van de vrijheidsberoving gebruikt worden om te bepalen of en in hoeverre iemand het recht op bijstand door een advocaat geniet, of moet het verhoor als criterium gebruikt worden?

b) moet het recht op bijstand ook worden geregeld voor andere situaties van vrijheidsberoving dan die welke geregeld zijn in de Voorlopige Hechteniswet?

⁸ EHRM (Gr. K.), 27 november 2008, Salduz t. Turkije, § 51.

⁹ Zie nrs. 21-24.

¹⁰ Er is ook nog een uitzondering voor de wanbedrijven bedoeld in artikel 138, 6°, 6°bis en 6°ter, van het Wetboek van Strafvordering, zijnde de wanbedrijven die te maken hebben met verkeersovertreedingen.

¹¹ Ontworpen artikel 47bis, § 2, eerste lid, 3°, van het Wetboek van Strafvordering.

¹² Ontworpen artikel 2bis, § 1, van de Voorlopige Hechteniswet.

¹³ Ontworpen artikel 2bis, § 2, van de Voorlopige Hechteniswet.

¹⁴ Ontworpen artikel 16, § 2, tweede lid, van de Voorlopige Hechteniswet.

c) le droit à l'assistance peut-il être limité à un droit de consultation, sans droit à l'assistance pendant l'audition, pour des personnes qui ne sont ni privées de leur liberté ni interrogées par le juge d'instruction en vue de la délivrance d'un mandat d'arrêt?

d) le droit de consultation pour les personnes non privées de leur liberté peut-il être refusé aux inculpés de certains délits?

e) le droit à l'assistance pendant l'audition doit-il également s'appliquer à d'autres situations de privation de liberté qui, comme les situations visées dans le projet, sont réglées dans la loi détention préventive?

f) le droit à l'assistance doit-il également s'appliquer aux interrogatoires par des administrations dans le cadre d'infractions pour lesquelles une sanction administrative à caractère pénal peut être infligée?

Ces questions sont examinées successivement ci-après.

a. La privation de liberté et/ou l'audition comme critère décisif du bénéfice effectif du droit à l'assistance d'un avocat

11. Au cours des débats au Sénat, il a été souligné à plusieurs reprises que selon l'arrêt Salduz, la privation de liberté constitue le critère décisif pour déterminer à quel moment une personne a droit à l'assistance d'un avocat¹⁵. Conformément à ce principe, le projet dispose qu'une personne privée de sa liberté a le droit de se concerter préalablement et confidentiellement avec son avocat et d'être assistée au cours de l'audition (voir l'article 2*bis*, §§ 1^{er} et 2, en projet, de la loi détention préventive). Or, le Sénat a encore été plus loin en prévoyant que des personnes qui ne sont pas privées de leur liberté mais qui sont soupçonnées d'une infraction pouvant donner lieu à la délivrance d'un mandat d'arrêt bénéficient du droit à une concertation confidentielle avec leur avocat (article 47*bis*, § 2, alinéa 1^{er}, 3^o, en projet, du Code d'instruction criminelle)¹⁶. Lors de tout interrogatoire par le juge d'instruction en vue de la délivrance d'un mandat d'arrêt, que l'intéressé soit ou non déjà privé à ce moment de sa liberté, l'inculpé a en outre droit à l'assistance d'un avocat (article 16, § 2, alinéa 2, en projet, de la loi détention préventive). Par contre, les personnes qui ne sont pas privées de leur liberté et qui ne sont pas non plus suspectées d'une infraction pouvant faire l'objet d'un mandat d'arrêt, ne bénéficient ni du droit de concertation confidentielle ni du droit à l'assistance pendant une audition¹⁷.

¹⁵ Voir par exemple les développements de la proposition initiale, cités, pp. 15-17 et 21; rapport au nom de la commission du Sénat, cité, pp. 28, 40-42, 59 et 61.

¹⁶ Voir en particulier la déclaration de Madame Defraigne, rapport au nom de la commission du Sénat, cité, pp. 41-42.

¹⁷ En outre, les personnes qui ne sont pas privées de leur liberté et qui sont suspectées d'un délit visé à l'article 138, 6^o, 6^o*bis* ou 6^o*ter*, du Code d'instruction criminelle, ne bénéficient pas non plus de ces droits. Voir ci-après, n^o 18.

c) mag het recht op bijstand beperkt worden tot een consultatierecht, zonder een recht op bijstand tijdens het verhoor, voor personen die niet van hun vrijheid zijn beroofd, noch door de onderzoeksrechter ondervraagd worden met het oog op het verlenen van een bevel tot aanhouding?

d) mag het consultatierecht voor niet van hun vrijheid beroofde personen ontzegd worden aan verdachten van bepaalde misdrijven?

e) moet het recht op bijstand tijdens het verhoor ook gelden voor andere situaties van vrijheidsberoving die, zoals de in het ontwerp bedoelde situaties, worden geregeld in de Voorlopige Hechteniswet?

f) moet het recht op bijstand ook gelden voor ondervragingen door administraties in verband met overtredingen waarvoor een administratieve sanctie met een strafrechtelijk karakter kan worden opgelegd?

Deze vragen worden hierna achtereenvolgens onderzocht.

a. De vrijheidsberoving en/of het verhoor als beslissend criterium voor het effectieve genot van het recht op bijstand door een advocaat

11. Tijdens de besprekingen in de Senaat is herhaaldelijk beklemtoond dat de vrijheidsberoving volgens de Salduz-rechtspraak het beslissende criterium is om te bepalen vanaf welk ogenblik iemand recht heeft op bijstand van een advocaat¹⁵. In overeenstemming met dit uitgangspunt wordt in het ontwerp bepaald dat een persoon die van zijn vrijheid is beroofd het recht heeft op een voorafgaand en vertrouwelijk overleg met zijn advocaat en op bijstand tijdens het verhoor (zie het ontworpen artikel 2*bis*, §§ 1 en 2, van de Voorlopige Hechteniswet). De Senaat is niettemin een stap verder gegaan, door te bepalen dat personen die niet van hun vrijheid zijn beroofd, maar die verdacht worden van een misdrijf dat aanleiding kan geven tot het verlenen van een bevel tot aanhouding, het recht op een vertrouwelijk overleg met hun advocaat genieten (ontworpen artikel 47*bis*, § 2, eerste lid, 3^o, van het Wetboek van Strafvordering)¹⁶. Bij elke ondervraging door de onderzoeksrechter met het oog op het verlenen van een bevel tot aanhouding, ongeacht of de betrokken persoon op dat ogenblik al dan niet reeds van zijn vrijheid is beroofd, heeft de verdachte bovendien recht op bijstand van een advocaat (ontworpen artikel 16, § 2, tweede lid, van de Voorlopige Hechteniswet). Personen die niet van hun vrijheid zijn beroofd en die ook niet verdacht worden van een misdrijf waarvoor een bevel tot aanhouding kan worden verleend, genieten daarentegen noch het recht op een vertrouwelijk overleg, noch het recht op bijstand tijdens een verhoor¹⁷.

¹⁵ Zie, bijv., toelichting bij het oorspronkelijke voorstel, aangehaald, pp. 15-17 en 21; verslag namens de Senaatscommissie, aangehaald, pp. 28, 40-42, 59 en 61.

¹⁶ Zie in het bijzonder de verklaring van mevrouw Defraigne, verslag namens de Senaatscommissie, aangehaald, pp. 41-42.

¹⁷ Die rechten gelden bovendien niet voor personen die niet van hun vrijheid zijn beroofd en die ervan verdacht worden een wanbedrijf te hebben gepleegd, bedoeld in artikel 138, 6^o, 6^o*bis* of 6^o*ter*, van het Wetboek van Strafvordering. Zie hierna, nr. 18.

Pour la Cour de cassation également, la privation de liberté s'avère être un critère décisif. Ainsi, dans un arrêt du 5 avril 2011, elle a jugé que l'arrêt Salduz ne s'applique pas lorsque les faits sur lesquels le prévenu ou l'inculpé est entendu ne peuvent pas donner lieu à une privation de liberté¹⁸.

12. Ce point de départ est toutefois critiquable¹⁹.

Il ressort du texte de l'article 6, § 3, c, CEDH que le droit à l'assistance d'un avocat revient à toute personne accusée d'avoir commis une infraction. La Cour européenne estime que ce droit doit non seulement être garanti au stade du procès devant la juridiction de jugement mais déjà aux premiers stades de l'enquête, et en particulier à la phase initiale des interrogatoires de police, du moins si selon le droit national applicable, une valeur probante peut être attachée aux déclarations que fait le prévenu à ces premiers stades de la procédure²⁰. Les raisons de l'application de la garantie visée aux stades précédant le procès proprement dit sont, d'une part, l'importance de la recherche des preuves au cours de l'enquête précédant l'examen au procès même et, d'autre part, la situation particulièrement vulnérable dans laquelle se trouve l'accusé au début de la procédure²¹. En revanche, selon la Cour européenne, la circonstance que l'accusé soit privé de sa liberté ne paraît pas être un motif déterminant. D'une manière générale, les garanties de l'article 6 CEDH valent d'ailleurs pour tous les prévenus et inculpés, qu'ils soient privés ou non de leur liberté.

Il n'empêche que dès qu'une personne est privée de sa liberté, le droit à l'assistance d'un avocat s'applique de toute façon, indépendamment du moment où elle sera interrogée. Dans le cas d'une privation de liberté, l'application de ce droit ne découle pas du fait de la privation de liberté proprement dite (le droit à l'assistance d'un avocat n'est pas inscrit à l'article 5 CEDH qui énumère les droits qui s'appliquent aux personnes privées de leur liberté), mais du fait qu'un procès équitable (devant les juges de fond) doit être garanti à l'intéressée. La Cour européenne entend ainsi souligner qu'il s'agit non seulement de l'assistance lors d'un interrogatoire, mais également de toutes sortes d'autres aspects qui, à partir de la privation de liberté, importent pour une défense effective de l'accusé²².

Certes, les développements du projet de la proposition initiale font référence à l'arrêt Zaichenko c. Russie du 18 février 2010 dans lequel la Cour européenne a conclu que le droit à l'assistance d'un avocat ne s'applique pas dans une

Ook voor het Hof van Cassatie blijkt de vrijheidsberoving een beslissend criterium te zijn. Zo overweegt het Hof in een arrest van 5 april 2011 dat de Salduz-rechtspraak niet van toepassing is wanneer de feiten waarover de verdachte of beklaagde wordt gehoord, geen aanleiding kunnen geven tot vrijheidsberoving¹⁸.

12. Dit uitgangspunt is evenwel voor kritiek vatbaar¹⁹.

Uit de tekst van artikel 6, § 3, c, EVRM blijkt dat het recht op bijstand door een advocaat toekomt aan eenieder die ervan beschuldigd wordt een misdrijf te hebben gepleegd. Het Europees Hof is van oordeel dat dit recht niet enkel in het stadium van het proces voor het vonnisgerecht moet worden gewaarborgd, maar reeds vanaf de eerste stadia van het onderzoek, en met name vanaf de eerste verhoren door de politie, althans indien volgens het toepasselijke nationaal recht bewijswaarde kan worden gehecht aan de verklaringen die de verdachte in die eerste stadia aflegt²⁰. De redenen voor de toepassing van de bedoelde waarborg in de stadia voorafgaand aan het eigenlijke proces zijn, enerzijds, het belang van de bewijsgaring tijdens het voorafgaand onderzoek voor het onderzoek op het proces zelf en, anderzijds, de bijzondere kwetsbaarheid waarin de verdachte zich aan het begin van de procedure bevindt²¹. De omstandigheid dat de verdachte van zijn vrijheid is beroofd, lijkt daarentegen volgens het Europees Hof geen determinerend motief te zijn. De waarborgen van artikel 6 EVRM gelden in het algemeen trouwens voor alle verdachten en beklaagden, ongeacht of zij al dan niet van hun vrijheid zijn beroofd.

Dit neemt niet weg dat, zodra een persoon van zijn vrijheid is beroofd, het recht op bijstand door een advocaat in elk geval van toepassing is, los van het ogenblik waarop de verdachte verhoord zal worden. In het geval van een vrijheidsberoving vloeit de toepassing van dat recht voort, niet uit het feit van de vrijheidsberoving op zich (het recht op bijstand van een advocaat wordt niet vermeld in artikel 5 EVRM, dat de rechten opsomt die gelden voor personen die van hun vrijheid zijn beroofd), maar uit het feit dat aan de betrokkene een eerlijke behandeling van zijn zaak (door de vonnisrechters) moet worden gewaarborgd. Het Europees Hof wil hiermee benadrukken dat het niet enkel gaat om de bijstand tijdens een verhoor, maar ook om allerlei andere aspecten die vanaf de vrijheidsberoving van belang zijn voor een effectieve verdediging van de verdachte²².

In de toelichting bij het oorspronkelijke voorstel wordt weliswaar verwezen naar het arrest Zaichenko t. Rusland van 18 februari 2010, waarin het Europees Hof heeft geconcludeerd dat het recht op bijstand door een advocaat niet van

¹⁸ Cass., 5 avril 2011, n° P.10 1651.N.

¹⁹ La commission du Sénat était du reste consciente de cette critique. Voir par exemple les déclarations de Messieurs Delpérée et Mahoux, rapport au nom de la commission du Sénat, cité, p. 29.

²⁰ Cour eur. dr. h. (GC), 27 novembre 2008, Salduz. c. Turquie, §§ 52 et 55.

²¹ Même arrêt, § 54.

²² Voir, par exemple, Cour eur dr. h., 13 octobre 2009, Dayanan c. Turquie, n° 7377/03, à paraître dans *CEDH*, 2009, §§ 31-32; Cour eur. dr. h., 2 mars 2010, Adamkiewicz c. Pologne, n° 54729/00, § 84; Cour eur. dr. h., 21 décembre 2010, Hovanessian c. Bulgarie, n° 31814/03, § 34. Voir également ci-après, n°s 17 et 24.

¹⁸ Cass., 5 april 2011, nr. P.10 1651.N.

¹⁹ De Senaatscommissie was zich overigens bewust van die kritiek. Zie bijv. de verklaringen van de heren Delpérée en Mahoux, verslag namens de Senaatscommissie, aangehaald, p. 29.

²⁰ EHRM (Gr. K.), 27 november 2008, Salduz t. Turkije, §§ 52 en 55.

²¹ Zelfde arrest, § 54.

²² Zie, bijv., EHRM, 13 oktober 2009, Dayanan t. Turkije, nr. 7377/03, te verschijnen in *ECHR*, 2009, §§ 31-32; EHRM, 2 maart 2010, Adamkiewicz t. Polen, nr. 54729/00, § 84; EHRM, 21 december 2010, Hovanessian t. Bulgarie, nr. 31814/03, § 34. Zie ook hierna, nrs. 17 en 24.

situation où l'intéressé n'était pas privé de sa liberté ²³. Pour bien comprendre la portée de cet arrêt, il convient d'en citer un certain nombre de considérants:

"47. Moreover, the Court observes that the present case is different from previous cases concerning the right to legal assistance in pre-trial proceedings (see *Salduz [GC]*, §§ 12-17 and *Öcalan [GC]*, § 131, both cited above; see also *Shabelnik*, cited above, § 59; *Panovits v. Cyprus*, n° 4268/04, §§ 7-10, 11 December 2008; *Kolu v. Turkey*, n° 35811/97, §§ 14-22, 2 August 2005; *Brennan v. the United Kingdom*, n° 39846/98, § 41, ECHR 2001-X; *Quinn v. Ireland*, n° 36887/97, §§ 10-13, 21 December 2000; *Averill v. the United Kingdom*, n° 36408/97, § 55, ECHR 2000-VI; *Magee v. the United Kingdom*, n° 28135/95, §§ 8-15, ECHR 2000-VI; and *Imbrioscia*, §§ 9-19, cited above) because the applicant was not formally arrested or interrogated in police custody. He was stopped for a road check. This check and the applicant's self-incriminating statements were both carried out and made in public in the presence of two attesting witnesses. It is true that the trial record contains a statement by the applicant suggesting that the writing down of the inspection record and/or his subsequent statement were started on the spot but were completed in the village of Birofeld. Nevertheless, the Court concludes on the basis of the materials in the case file that the relevant events, namely the drawing of the inspection record and the taking of the applicant's explanation, were carried out in a direct sequence of events.

48. Although the applicant in the present case was not free to leave, the Court considers that the circumstances of the case as presented by the parties, and established by the Court, disclose no significant curtailment of the applicant's freedom of action, which could be sufficient for activating a requirement for legal assistance already at this stage of the proceedings.

49. The Court notes that the role of the police in a situation such as in the present case was to draw up an inspection record and receive the applicant's explanation as to the origin of the cans in his car (see paragraphs 9 and 10 above). Having done so, the police transferred the documents to the inquirer who, in his turn, compiled a report to his superior indicating that there was a case to answer against the applicant on suspicion of theft (see paragraph 12 above). This report prompted the inquirer's superior to open a criminal case against the applicant (see paragraph 13 above).

50. At that stage, namely on 2 March 2001, the applicant was apprised of his right to legal assistance. It was open to him to consult a lawyer before attending the meeting on 2 March 2001. At that meeting the applicant was presented with the version of the events based on his statements made on 21 February 2001. The applicant voluntarily and unequivocally agreed to sign the act of accusation and waived his right to legal assistance, indicating that he would defend himself at the trial"²⁴.

²³ Développements, cités, pp. 14-15 (seuls les §§ 47 et 48 de l'arrêt sont cités). Voir également le rapport au nom de la commission du Sénat, cité, p. 41.

²⁴ Cour eur. dr. h., 18 février 2010, *Zaichenko c. Russie*, n° 39660/02.

toepassing was in een situatie waarbij de betrokkene niet van zijn vrijheid was beroofd ²³. Voor een juist begrip van de draagwijdte van dit arrest past het om een aantal overwegingen te citeren:

"47. Moreover, the Court observes that the present case is different from previous cases concerning the right to legal assistance in pre-trial proceedings (see *Salduz [GC]*, §§ 12-17 and *Öcalan [GC]*, § 131, both cited above; see also *Shabelnik*, cited above, § 59; *Panovits v. Cyprus*, n° 4268/04, §§ 7-10, 11 December 2008; *Kolu v. Turkey*, n° 35811/97, §§ 14-22, 2 August 2005; *Brennan v. the United Kingdom*, n° 39846/98, § 41, ECHR 2001-X; *Quinn v. Ireland*, n° 36887/97, §§ 10-13, 21 December 2000; *Averill v. the United Kingdom*, n° 36408/97, § 55, ECHR 2000-VI; *Magee v. the United Kingdom*, n° 28135/95, §§ 8-15, ECHR 2000-VI; and *Imbrioscia*, §§ 9-19, cited above) because the applicant was not formally arrested or interrogated in police custody. He was stopped for a road check. This check and the applicant's self-incriminating statements were both carried out and made in public in the presence of two attesting witnesses. It is true that the trial record contains a statement by the applicant suggesting that the writing down of the inspection record and/or his subsequent statement were started on the spot but were completed in the village of Birofeld. Nevertheless, the Court concludes on the basis of the materials in the case file that the relevant events, namely the drawing of the inspection record and the taking of the applicant's explanation, were carried out in a direct sequence of events.

48. Although the applicant in the present case was not free to leave, the Court considers that the circumstances of the case as presented by the parties, and established by the Court, disclose no significant curtailment of the applicant's freedom of action, which could be sufficient for activating a requirement for legal assistance already at this stage of the proceedings.

49. The Court notes that the role of the police in a situation such as in the present case was to draw up an inspection record and receive the applicant's explanation as to the origin of the cans in his car (see paragraphs 9 and 10 above). Having done so, the police transferred the documents to the inquirer who, in his turn, compiled a report to his superior indicating that there was a case to answer against the applicant on suspicion of theft (see paragraph 12 above). This report prompted the inquirer's superior to open a criminal case against the applicant (see paragraph 13 above).

50. At that stage, namely on 2 March 2001, the applicant was apprised of his right to legal assistance. It was open to him to consult a lawyer before attending the meeting on 2 March 2001. At that meeting the applicant was presented with the version of the events based on his statements made on 21 February 2001. The applicant voluntarily and unequivocally agreed to sign the act of accusation and waived his right to legal assistance, indicating that he would defend himself at the trial"²⁴.

²³ Toelichting, aangehaald, pp. 14-15 (enkel §§ 47 en 48 van het arrest worden geciteerd). Zie ook het verslag namens de Senaatscommissie, aangehaald, p. 41.

²⁴ EHRM, 18 februari 2010, *Zaichenko t. Rusland*, nr. 39660/02.

Bien qu'il soit précisé que cette affaire diffère d'autres affaires en ce sens que le requérant n'était pas formellement arrêté ou interrogé alors qu'il se trouvait aux mains de la police (§ 47), l'absence de privation de liberté ne semble pas constituer le critère déterminant pour conclure que le droit à l'assistance d'un avocat ne s'applique pas. Ce qui paraît plutôt décisif, c'est que le requérant a "seulement" fait l'objet d'un contrôle routier, sans restriction significative de sa liberté d'agir (§ 48). La Cour souligne également le rôle plutôt limité des agents verbalisateurs et constate expressément que ce n'est qu'après la transmission de leur rapport que l'autorité compétente décida d'engager une procédure pénale contre le requérant (§ 49).

L'arrêt semble s'appuyer, dès lors, sur la nature du contrôle et des déclarations effectuées dans ce cadre, et non sur l'absence de privation formelle de liberté.

13. L'arrêt *Zaichenko c. Russie* soulève la question de savoir à partir de quel moment l'interrogatoire d'une personne peut être considéré comme une "audition" pouvant ouvrir le droit à l'assistance d'un avocat.

Il faut considérer à cet égard que l'assistance d'un avocat, au cours de l'audition et même préalablement à celle-ci, vise plus particulièrement à assurer qu'il ne soit pas porté atteinte au droit de l'inculpé de ne pas s'incriminer lui-même²⁵. Ce droit a son importance lorsque les services de police ou les autorités judiciaires cherchent à obtenir des déclarations de celui-ci mais pas lorsqu'ils recherchent des éléments, éventuellement même en recourant à des pouvoirs coercitifs, pouvant être obtenus sans la coopération de l'inculpé²⁶. La fouille de celui-ci ne suffit donc pas, par exemple, pour que s'applique le droit à l'assistance d'un avocat²⁷. En outre, l'arrêt *Zaichenko* semble indiquer qu'une audition pour laquelle l'assistance d'un avocat peut être invoquée est une audition qui vise spécifiquement à obtenir des informations de l'inculpé²⁸.

Ainsi qu'il a été observé ci-dessus, les autorités nationales disposent d'une certaine marge d'appréciation pour décider à partir de quel moment une personne à interroger a droit à l'assistance d'un avocat²⁹. La sécurité juridique exige toutefois que ce moment puisse être fixé d'une manière précise.

²⁵ Voir Cour eur. dr. h. (GC), 27 novembre 2008, *Salduz c. Turquie*, § 54.

²⁶ Cour eur. dr. h., 17 décembre 1996, *Saunders c. Royaume-Uni*, *Rec.*, 1996-VI, § 69.

²⁷ Cour eur. dr. h., 15 mars 2011, *Begu c. Roumanie*, n° 20448/02, §§ 140-141.

²⁸ Dans l'arrêt *Zaichenko*, la Cour européenne observe que l'intervention des agents de police commença par une inspection du véhicule du requérant et que la rédaction d'un rapport d'inspection et la consignation des déclarations du requérant s'est inscrite dans une séquence directe d'opérations (§ 47).

²⁹ Voir n° 9.

Hoewel erop gewezen wordt dat deze zaak verschilt van andere omdat de verzoeker niet formeel aangehouden was of ondervraagd terwijl hij in handen van de politie was (§ 47), lijkt het gebrek aan vrijheidsberoving niet het doorslaggevende criterium te zijn om te besluiten dat het recht op bijstand door een advocaat niet van toepassing is. Doorslaggevend lijkt eerder te zijn het feit dat de verzoeker "slechts" het voorwerp uitmaakte van een wegcontrole, zonder noemenswaardige beperking van zijn vrijheid van handelen (§ 48). Het Hof wijst ook op de eerder beperkte rol van de verbalisanten, en stelt uitdrukkelijk vast dat het pas na overmaking van hun verslag is dat de bevoegde overheid besliste om tegen de verzoeker een strafzaak te openen (§ 49).

Het arrest lijkt aldus te steunen op de aard van de controle en van de in dat kader afgelegde verklaringen, en niet op het ontbreken van een formele vrijheidsberoving.

13. Het arrest *Zaichenko t. Rusland* doet de vraag rijzen vanaf wanneer de ondervraging van een persoon beschouwd kan worden als een "verhoor" dat de toepassing van het recht op bijstand door een advocaat met zich kan brengen.

In dit verband moet ervan uitgegaan worden dat de bijstand door een advocaat, tijdens een verhoor en zelfs voorafgaand aan het verhoor, er in het bijzonder op gericht is om ervoor te zorgen dat het recht van de verdachte om zichzelf niet te beschuldigen, niet in het gedrang komt²⁵. Dat laatste recht speelt een rol wanneer de politiediensten of de gerechtelijke overheden verklaringen proberen te verkrijgen van de verdachte, maar niet wanneer zij op zoek gaan naar gegevens, eventueel zelfs met gebruik van dwangmiddelen, die kunnen worden verkregen zonder medewerking van de verdachte²⁶. Aldus volstaat bijvoorbeeld het fouilleren van de verdachte niet om de toepassing van het recht op bijstand door een advocaat mee te brengen²⁷. Het arrest *Zaichenko* lijkt er voorts op te wijzen dat een verhoor waarvoor de bijstand van een advocaat kan worden ingeroepen, er één is dat specifiek gericht is op het verkrijgen van inlichtingen van de verdachte²⁸.

Zoals hiervóór is opgemerkt, beschikken de nationale overheden over een zekere beoordelingsruimte om te beslissen vanaf wanneer een te ondervragen persoon recht heeft op bijstand van een advocaat²⁹. Voor de rechtszekerheid is wel vereist dat dit ogenblik precies bepaald kan worden.

²⁵ Zie EHRM (Gr. K.), 27 november 2008, *Salduz t. Turkije*, § 54.

²⁶ EHRM, 17 december 1996, *Saunders t. Verenigd Koninkrijk*, *Rep.*, 1996-VI, § 69.

²⁷ EHRM, 15 maart 2011, *Begu t. Roemenië*, nr. 20448/02, §§ 140-141.

²⁸ In het arrest *Zaichenko* merkt het Europees Hof op dat de actie van de politieagenten begon met een inspectie van het voertuig van de verzoeker en dat het opstellen van een inspectieverslag en het opnemen van de verklaring van de verzoeker gebeurden in een rechtstreekse opeenvolging van handelingen (§ 47).

²⁹ Zie nr. 9.

Ce qui nécessite de définir ou à tout le moins de préciser la notion d'audition³⁰.

Le projet soumis pour avis ne comporte pas une telle définition. Lors de la discussion de la proposition au Sénat, il a néanmoins été indiqué que l'audition doit porter sur la collecte d'éléments de preuve³¹. Une distinction est également faite entre la phase au cours de laquelle la police "se contente de poser des questions" et la phase "où une personne est entendue sur des faits pouvant lui être mis à charge"³². Cette dernière distinction traduit sans doute la jurisprudence de la Cour de cassation relative à l'article 47bis en vigueur du Code d'instruction criminelle. Selon cette jurisprudence, il existe une différence entre une véritable "audition", soumise aux formalités juridiques prévues dans cet article, et l'obtention de renseignements de l'inculpé "en dehors de l'interrogatoire prévu à l'article 47bis précité"³³.

Ni les déclarations lors des débats au Sénat, ni la jurisprudence existante de la Cour de cassation ne remettent en cause la conclusion qu'il est nécessaire de définir dans la loi ce qu'il convient d'entendre par audition, eu égard aux effets juridiques désormais attachés à une audition.

b. Élargissement des mesures en projet à des situations de privation de liberté autres que celles régies par la loi détention préventive

14. En tant que les dispositions en projet ont trait aux privations de liberté, leur champ d'application se limite aux privations de liberté régies par la loi détention préventive. Outre le Code d'instruction criminelle, ce n'est que dans cette loi que des modifications sont apportées. Il convient de s'assurer que l'arsenal législatif sera ainsi bien complètement adapté à la jurisprudence Salduz.

Les discussions en commission du Sénat révèlent que la modification de deux autres lois a été envisagée, à savoir la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police et la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse, à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction et à la réparation du dommage causé par ce fait.

³⁰ M. BOCKSTAELE, "Voorlopige richtlijnen van het college van procureurs-generaal inzake de bijstand van een advocaat bij het eerste politionele verhoor van een verdachte", *Panopticon*, 2010, (72), 77.

³¹ Développements, cités, p. 12; déclarations du Ministre de la Justice, rapport au nom de la commission du Sénat, cité, pp. 47 et 73.

³² Déclaration du Ministre de la Justice, rapport au nom de la commission du Sénat, cité, p. 29. Voir également p. 39.

³³ Cass., 23 juin 2010, *Pas.*, 2010, n° 448. Dans le même sens: Cass., 22 septembre 2010, n° P.09 0172.F. voir aussi la référence du Ministre de la Justice à l'arrêt du 23 juin 2010, rapport au nom de la commission du Sénat, cité, p. 35.

Dat maakt het nodig om "het begrip verhoor te definiëren of minstens te omschrijven"³⁰.

Het voor advies voorgelegde ontwerp bevat geen dergelijke omschrijving. Tijdens de bespreking van het voorstel in de Senaat is wel aangegeven dat het verhoor betrekking moet hebben op het verzamelen van bewijselementen³¹. Er is ook een onderscheid gemaakt tussen de fase waarbij de politie "gewoon enkele vragen stelt" en de fase "waarbij iemand verhoord wordt aangaande feiten die hem ten laste kunnen worden gelegd"³². Met dat laatste onderscheid is wellicht aangesloten bij de rechtspraak van het Hof van Cassatie in verband met het vigerende artikel 47bis van het Wetboek van Strafvordering. Uit die rechtspraak blijkt dat er een onderscheid is tussen een echt "verhoor", dat onderworpen is aan de rechtsvormen bepaald in dat artikel, en het ontvangen van mededelingen vanwege de verdachte "buiten het in het voormelde artikel 47bis bepaalde verhoor"³³.

Noch de verklaringen tijdens de bespreking in de Senaat, noch de bestaande rechtspraak van het Hof van Cassatie doen afbreuk aan de conclusie dat het nodig is om in de wet een omschrijving te geven van wat onder een verhoor moet worden verstaan, gelet op de rechtsgevolgen die voortaan aan een verhoor gehecht worden.

b. Verruiming van de ontworpen regeling tot andere situaties van vrijheidsberoving dan die welke geregeld worden in de Voorlopige Hechteniswet

14. In zoverre de ontworpen regeling betrekking heeft op vrijheidsberovingen, is het toepassingsgebied ervan beperkt tot de vrijheidsberovingen geregeld in de Voorlopige Hechteniswet. Het is enkel in die wet, naast het Wetboek van Strafvordering, dat wijzigingen worden aangebracht. Er dient te worden nagegaan of het wetgevend instrumentarium aldus volledig aangepast zal zijn aan de Salduz-rechtspraak.

Uit de besprekingen in de Senaatscommissie blijkt dat overwogen is om nog twee andere wetten te wijzigen, namelijk de wet van 5 augustus 1992 op het politieambt en de wet van 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming, het ten laste nemen van minderjarigen die een als misdrijf omschreven feit hebben gepleegd en het herstel van de door dit feit veroorzaakte schade.

³⁰ M. Bockstaele, "Voorlopige richtlijnen van het college van procureurs-generaal inzake de bijstand van een advocaat bij het eerste politionele verhoor van een verdachte", *Panopticon*, 2010, (72), 77.

³¹ Toelichting, aangehaald, p. 12; verklaringen van de minister van Justitie, verslag namens de Senaatscommissie, aangehaald, pp. 47 en 73.

³² Verklaring van de minister van Justitie, verslag namens de Senaatscommissie, aangehaald, p. 29. Zie ook p. 39.

³³ Cass., 23 juni 2010, *Arr. Cass.*, 2010, nr. 448. In dezelfde zin: Cass., 22 september 2010, nr. P.09 0172.F. Zie ook de verwijzing door de minister van Justitie naar het arrest van 23 juni 2010, verslag namens de Senaatscommissie, aangehaald, p. 35.

15. En ce qui concerne l'arrestation administrative, réglée dans la loi du 5 août 1992, le ministre de la Justice a expliqué que "le texte à l'examen concerne l'arrestation judiciaire, et non l'arrestation administrative à laquelle la police peut procéder dans le cadre de ses missions de police administrative"³⁴. En effet, l'arrestation administrative ne doit pas être visée puisque la jurisprudence Salduz se fonde sur l'article 6, §§ 1 et 3, CEDH, qui envisage la situation de "l'accusé", et non sur l'article 5 CEDH, qui traite de la privation de liberté.

Le même raisonnement peut être tenu à l'égard des privations de liberté administratives d'étrangers, en vertu de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers³⁵. La Cour de cassation a par ailleurs considéré que l'article 12 de la Constitution ne s'applique pas à la privation de liberté administrative d'un étranger, le législateur ayant, en application de l'article 191 de la Constitution, par les dispositions pertinentes de la loi du 15 décembre 1980 dérogé expressément à la règle de l'intervention obligatoire du juge³⁶.

16. En ce qui concerne la privation de liberté de mineurs, le Sénat était bien conscient que tant l'article 12 de la Constitution que la jurisprudence Salduz³⁷ s'appliquent aux mineurs:

"Le ministre confirme que les dispositions relatives à l'arrestation dans la loi relative à la détention préventive sont pleinement applicables aux mineurs.

La loi relative à la protection de la jeunesse ne souffle mot de l'arrestation d'un mineur.

Cela veut dire que les règles générales en matière d'arrestation et le délai de 24 heures s'appliquent aussi au mineur. L'article 12 de la Constitution ne fait aucune distinction entre majeurs et mineurs, pas plus que les articles 1^{er} et 2 de la loi relative à la détention préventive.

La loi relative à la protection de la jeunesse prévoit une procédure spécifique pour la phase suivante, à savoir celle devant le juge de la jeunesse, qui peut ordonner des mesures provisoires. Durant cette phase, un régime particulier d'assistance par un avocat est déjà prévu.

La présente proposition de loi tend à prévoir aussi l'assistance d'un avocat pour les mineurs durant la première tranche de 24 heures de privation de liberté.

³⁴ Déclaration du Ministre de la Justice, rapport de la commission du Sénat, précité, p. 36.

³⁵ Voir les articles 7, 8bis, § 4, 25, 27, § 3, 29, 51/5, § 1^{er}, alinéa 2, et § 3, alinéa 4, 52/4, alinéa 4, 54, § 2, alinéa 2, 57/32, § 2, alinéa 2, 74/5, 74/6, § 1^{er}, et 74/7 de la loi du 15 décembre 1980.

³⁶ Cass., 11 octobre 2005, *Pas.*, 2005, n° 502; Cass., 13 octobre 2010, no. P.10 1514.F.

³⁷ Voir à cet égard Cour. eur. dr. h., 2 mars 2010, Adamkiewicz c. Pologne, n° 54729/00.

15. In verband met de bestuurlijke aanhouding, die geregeld is bij de wet van 5 augustus 1992, heeft de minister van Justitie uitgelegd dat "voorliggende tekst de gerechtelijke aanhouding betreft, niet de administratieve of bestuurlijke aanhouding, die door de politie in het kader van haar opdrachten van administratieve politie kan worden uitgevoerd"³⁴. De tekst hoeft geen betrekking te hebben op de bestuurlijke aanhouding, aangezien de Salduz-rechtspraak steunt op artikel 6, §§ 1 en 3, EVRM, dat inderdaad betrekking heeft op het geval van iemand die vervolgd wordt, en niet op artikel 5 EVRM, dat over vrijheidsberoving handelt.

Dezelfde redenering kan gevolgd worden ten aanzien van de bestuurlijke vrijheidsberoving van vreemdelingen krachtens de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen³⁵. Het Hof van Cassatie heeft overigens geoordeeld dat artikel 12 van de Grondwet niet van toepassing is op de bestuurlijke vrijheidsberoving van een vreemdeling, aangezien de wetgever met toepassing van artikel 191 van de Grondwet bij de ter zake dienende bepalingen van de wet van 15 december 1980 uitdrukkelijk afgeweken is van de regel van de verplichte betrokkenheid van de rechter in geval van vrijheidsberoving³⁶.

16. Wat de vrijheidsberoving van minderjarigen betreft, was de Senaat zich er goed van bewust dat zowel artikel 12 van de Grondwet als de Salduz-rechtspraak³⁷ ook voor minderjarigen geldt:

"De minister bevestigt dat de bepalingen inzake de arrestatie/aanhouding in de wet op de voorlopige hechtenis onverkort van toepassing zijn op minderjarigen.

De wet op de jeugdbescherming vermeldt niets over arrestatie van een minderjarige.

Dit betekent dat de algemene regels inzake de arrestatie en termijn van 24 uur ook gelden voor een minderjarige. Artikel 12 van de Grondwet maakt geen onderscheid tussen meerderjarigen/minderjarigen, de artikelen 1 en 2 van de wet op de voorlopige hechtenis ook niet.

De wet op de jeugdbescherming voorziet wel een geheel eigen procedure voor de fase daarna, namelijk de fase voor de jeugdrechter, die voorlopige maatregelen kan opleggen. In deze fase wordt wel al (in een) bijzonder regime voorzien van bijstand door een advocaat.

Het huidige wetsvoorstel strekt ertoe voor de minderjarigen ook bijstand door een advocaat te voorzien in de eerste 24 uren van de vrijheidsbeneming.

³⁴ Verklaring van de minister van Justitie, voormeld verslag van de Senaatscommissie, p. 36.

³⁵ Zie de artikelen 7, 8bis, § 4, 25, 27, § 3, 29, 51/5, § 1, tweede lid, en § 3, vierde lid, 52/4, vierde lid, 54, § 2, tweede lid, 57/32, § 2, tweede lid, 74/5, 74/6, § 1, en 74/7 van de wet van 15 december 1980.

³⁶ Cass., 11 oktober 2005, *Arr. Cass.*, 2005, nr. 502; Cass., 13 oktober 2010, nr. P.10 1514.F.

³⁷ Zie in dit verband eveneens EHRM, 2 maart 2010, Adamkiewicz t. Polen, nr. 54729/00.

Le ministre confirme qu'à l'inverse de la loi relative à la protection de la jeunesse, il s'agit en l'espèce d'une *lex generalis*³⁸.

Certaines dispositions de la loi du 8 avril 1965 méritent d'être mentionnées en particulier.

L'article 48*bis* de la loi traite de l'arrestation d'un mineur et oblige le fonctionnaire de police à prévenir ses parents. Cette disposition n'évoque toutefois pas l'assistance d'un avocat, au contraire notamment de l'article 37*bis*, § 4, qui oblige le juge ou le tribunal à informer les personnes concernées qu'elles peuvent être conseillées par un avocat lors de la procédure de concertation restauratrice, de l'article 45*quater*, § 1^{er}, alinéa 5, 1^o, qui oblige le procureur du Roi, lorsqu'une procédure de médiation est lancée, à informer les personnes concernées qu'elles ont le droit de solliciter les conseils d'un avocat³⁹, ou de l'article 49 en cas de comparution devant le juge d'instruction.

De même, l'article 51, § 1^{er}, de la loi prévoit-il que, "dès qu'il est saisi d'un fait qualifié d'infraction, le tribunal informe les personnes qui exercent l'autorité parentale à l'égard de l'intéressé et, le cas échéant, les personnes qui en ont la garde en droit ou en fait, en vue de leur permettre d'être présents". Certes, l'article 54*bis* impose que le mineur se voie désigner un avocat et l'article 55 impose qu'il soit averti de la procédure, mais la loi ne garantit pas explicitement sa présence lors de l'interrogatoire visé à l'article 51.

Enfin, l'article 37, § 2, alinéa 1^{er}, 8^o, de la loi du 8 avril 1965 permet au tribunal de la jeunesse d'ordonner le placement d'un mineur "dans un régime éducatif fermé". Dans cette hypothèse, l'article 52, alinéa 8, de la loi garantit au mineur la possibilité de communiquer librement avec son avocat.

La loi du 8 avril 1965 n'a pas été rédigée en vue de garantir l'assistance d'un avocat au sens de la jurisprudence Salduz. Notamment, la présence d'un avocat durant les interrogatoires n'est pas explicitement garantie. Ainsi, selon le Tribunal de la jeunesse de Liège, il appartient au juge de la jeunesse "d'apprécier si la violation alléguée par le mineur est de nature à empêcher le déroulement d'un procès équitable devant le juge du fond". En l'espèce, le tribunal a considéré que "le seul fait que le mineur n'ait pas bénéficié de l'assistance d'un avocat lors de son audition par les verbalisateurs n'est pas de nature à empêcher le déroulement d'un procès équitable devant le juge du fond"⁴⁰.

³⁸ Rapport au nom de la commission du Sénat, cité, p. 96.

³⁹ Voir à cet égard K. Dirick et J.-L. Berwart, "Les nouvelles garanties procédurales dans la loi sur la protection de la jeunesse", Th. Moreau, I. Ravier et B. Van Keirsbilck, *Réforme de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse. Premier bilan et perspectives d'avenir*, Liège, Ed. Jeunesse et Droit, 2008, (247), 255.

⁴⁰ Trib. Jeun. Liège, 19 février 2010, *J.L.M.B.*, 2010, 606.

Verder bevestigt de minister dat het hier, in tegenstelling tot de wet op de jeugdbescherming, gaat om een *lex generalis*³⁸.

Sommige bepalingen van de wet van 8 april 1965 dienen in het bijzonder te worden vermeld.

Artikel 48*bis* van de wet, dat betrekking heeft op de aanhouding van een minderjarige, bepaalt dat de politieambtenaar de ouders van de minderjarige in kennis moet stellen van diens aanhouding. In deze bepaling komt de bijstand door een advocaat evenwel niet ter sprake, in tegenstelling tot inzonderheid artikel 37*bis*, § 4, naar luid waarvan de rechter of de rechtbank de betrokken personen ervan op de hoogte moet brengen dat zij tijdens de procedure van herstelgericht overleg raad kunnen inwinnen bij een advocaat, artikel 45*quater*, § 1, vijfde lid, 1^o, waarbij bepaald wordt dat wanneer een voorstel tot bemiddeling wordt gedaan, de procureur des Konings de betrokkenen ervan in kennis moet stellen dat zij raad kunnen inwinnen bij een advocaat³⁹ en artikel 49, wanneer de minderjarige voor de onderzoeksrechter verschijnt.

Voorts wordt in artikel 51, § 1, van de wet het volgende bepaald: "Zodra een als misdrijf omschreven feit bij de rechtbank aanhangig is gemaakt, informeert de rechtbank de personen die het ouderlijk gezag uitoefenen over de betrokkene en, desgevallend, de personen die hem in rechte of in feite onder hun bewaring hebben, teneinde hen de mogelijkheid te bieden aanwezig te zijn". Weliswaar moet aan de minderjarige krachtens artikel 54*bis* een advocaat worden toegewezen en moet laatstgenoemde krachtens artikel 55 op de hoogte gebracht worden van de procedure, maar de wet garandeert niet uitdrukkelijk dat hij aanwezig is bij de ondervraging bedoeld in artikel 51.

Ten slotte biedt artikel 37, § 2, eerste lid, 8^o, van de wet van 8 april 1965 aan de jeugdrechtbank de mogelijkheid om te bevelen dat een minderjarige "in een gesloten opvoedingsafdeling" wordt geplaatst. In dat geval heeft de minderjarige krachtens artikel 52, achtste lid, van de wet de mogelijkheid tot vrij verkeer met zijn advocaat.

De wet van 8 april 1965 is niet geredigeerd ten einde de bijstand van een advocaat in de zin van de Salduz-rechtspraak te garanderen. De aanwezigheid van een advocaat tijdens de ondervragingen is inzonderheid niet uitdrukkelijk gegarandeerd. Zodoende dient de jeugdrechter volgens de jeugdrechtbank te Luik na te gaan of de schending die door de minderjarige wordt aangevoerd kan verhinderen dat een eerlijk proces zijn beloop krijgt voor de bodemrechter. Te dezen heeft de rechtbank geoordeeld dat het feit alleen dat de minderjarige tijdens zijn verhoor door de verbalisanten geen bijstand vanwege een advocaat heeft genoten, niet van die aard is dat het belet dat het proces voor de bodemrechter eerlijk verloopt⁴⁰.

³⁸ Voormeld verslag van de Senaatscommissie, 96.

³⁹ Zie in dit verband K. DIRICK en J.-L. BERWART, "Les nouvelles garanties procédurales dans la loi sur la protection de la jeunesse", in TH. MOREAU, I. RAVIER en B. VAN KEIRSBILCK, *Réforme de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse. Premier bilan et perspectives d'avenir*, Luik, Ed. Jeunesse et Droit, 2008, (247), 255.

⁴⁰ Jeugdrechtbank Luik, 19 februari 2010, *J.L.M.B.*, 2010, 606.

Il y a lieu de signaler également que les différences entre la loi du 8 avril 1965 et la loi en projet peuvent conduire à ce que les dispositions de la première soient interprétées *a contrario*, dans un sens ne se conciliant pas avec la jurisprudence Salduz, même si, en principe, les dispositions en projet doivent être considérées comme *lex generalis*, également applicable aux mineurs.

Afin d'éviter pareille interprétation *a contrario*, il est recommandé de vérifier les dispositions de la loi du 8 avril 1965 et s'il y a lieu, de les adapter expressément aux dispositions du présent projet.

c. Limitation du droit à l'assistance au droit de consultation, sans droit à être assisté lors de l'audition, pour les personnes qui ne sont ni privées de leur liberté, ni interrogées par le juge d'instruction en vue de faire l'objet d'un mandat d'arrêt

17. Comme il a été exposé ci-dessus, tous les inculpés bénéficient, indépendamment du fait qu'ils sont ou non privés de leur liberté, du droit à se concerter confidentiellement avec un avocat avant la première audition (article 47bis, § 2, alinéa 1^{er}, 3^o, en projet du Code d'instruction criminelle et article 2bis, § 1^{er}, en projet de la loi détention préventive). En revanche, le droit à être assisté lors de l'audition n'est accordé qu'aux inculpés privés de leur liberté (article 2bis, § 2, en projet de la loi détention préventive) ou à ceux qui sont interrogés par le juge d'instruction en vue de faire l'objet d'un mandat d'arrêt (article 16, § 2, alinéa 2, en projet de la loi détention préventive).

La question se pose de savoir si des dispositions n'accordant le droit à l'assistance lors de l'audition qu'à certaines catégories d'inculpés, en particulier à des inculpés privés de leur liberté, et donc pas à des inculpés non privés de leur liberté, se concilient avec la jurisprudence Salduz⁴¹.

Selon l'article 6, § 3, c, CEDH, tout accusé a droit à avoir "l'assistance" (en anglais: "legal assistance") d'un avocat. Cette terminologie est ambiguë dès lors que "l'assistance" peut aussi bien définir une aide et un soutien qu'une présence physique⁴².

Dans l'affaire Salduz, la Cour européenne considère qu'un accusé doit avoir "accès" à un avocat dès le premier interrogatoire⁴³. Deux juges mettent en garde dans une opinion séparée qu'il ne saurait se déduire des considérations en question qu'il suffit que l'accusé soit assisté lors de

⁴¹ Les développements de la proposition de loi initiale exposent qu'il n'est pas jugé nécessaire d'accorder à un inculpé non détenu le droit à être assisté par un avocat lors d'une audition parce qu'un inculpé non détenu "jouit de la liberté d'aller et venir" et qu'il "peut à tout moment mettre un terme à l'audition et s'en aller, le cas échéant, pour consulter une nouvelle fois un avocat" (développements, cités, p. 16).

⁴² Voir à cet égard la déclaration de Monsieur Delpérée, rapport au nom de la commission du Sénat, cité, p. 29.

⁴³ Cour eur. dr. h. (GC), 27 novembre 2008, Salduz c. Turquie, §§ 52 et 55.

Er moet ook op gewezen worden dat de verschillen tussen de wet van 8 april 1965 en de ontworpen wet ertoe kunnen leiden dat de bepalingen van de eerstgenoemde wet *a contrario* geïnterpreteerd worden, in een zin die niet te verenigen valt met de Salduz-rechtspraak, ook al zijn de ontworpen bepalingen in beginsel te beschouwen als een *lex generalis*, die mede van toepassing is op minderjarigen.

Om een dergelijke interpretatie *a contrario* te vermijden, verdient het aanbeveling de bepalingen van de wet van 8 april 1965 aan een onderzoek te onderwerpen en, waar nodig, uitdrukkelijk aan te passen aan de bepalingen van het voorliggende ontwerp.

c. Beperking van het recht op bijstand tot een consultatie-recht, zonder een recht op bijstand tijdens het verhoor, voor personen die niet van hun vrijheid zijn beroofd, noch door de onderzoeksrechter ondervraagd worden met het oog op het verlenen van een bevel tot aanhouding

17. Zoals hiervóór is uiteengezet, genieten alle verdachten, ongeacht of ze al dan niet van hun vrijheid zijn beroofd, het recht op een vertrouwelijk overleg met een advocaat vóór het eerste verhoor (ontworpen artikelen 47bis, § 2, eerste lid, 3^o, van het Wetboek van Strafvordering en 2bis, § 1, van de Voorlopige Hechteniswet). Het recht op bijstand tijdens het verhoor wordt daarentegen enkel toegekend aan verdachten die van hun vrijheid zijn beroofd (ontworpen artikel 2bis, § 2, van de Voorlopige Hechteniswet) of die door de onderzoeksrechter ondervraagd worden met het oog op het verlenen van een bevel tot aanhouding (ontworpen artikel 16, § 2, tweede lid, van de Voorlopige Hechteniswet).

De vraag rijst of een regeling waarbij het recht op bijstand tijdens het verhoor enkel geldt voor bepaalde categorieën van verdachten, in het bijzonder de verdachten die van hun vrijheid zijn beroofd, en dus niet voor verdachten die niet van hun vrijheid zijn beroofd, verenigbaar is met de Salduz-rechtspraak⁴¹.

Volgens artikel 6, § 3, c, EVRM heeft elke verdachte recht op "bijstand" (in het Engels: "legal assistance", in het Frans: "assistance") door een advocaat. Die terminologie is dubbelzinnig, nu de "bijstand" zowel hulp en steun als een fysieke aanwezigheid kan betekenen⁴².

In de zaak Salduz overweegt het Europees Hof dat een verdachte vanaf het eerste verhoor "toegang" moet hebben tot een advocaat⁴³. Twee rechters waarschuwen er in een afzonderlijke mening voor dat uit de betrokken overwegingen niet mag worden afgeleid dat het volstaat dat de verdachte

⁴¹ In de toelichting bij het oorspronkelijke wetsvoorstel wordt uiteengezet dat het niet nodig geacht wordt om aan een niet-aangehouden verdachte het recht te verlenen bij het verhoor te worden bijgestaan door een advocaat, omdat een niet-aangehouden verdachte "beschikt over zijn vrijheid van komen en gaan" en hij dus "op eender welk moment het verhoor kan stopzetten en weggaan, zo nodig om opnieuw een advocaat te raadplegen" (toelichting, aangehaald, p. 16).

⁴² Zie in dit verband de verklaring van de heer Delpérée, verslag namens de Senaatscommissie, aangehaald, p. 29.

⁴³ EHRM (Gr. K.), 27 november 2008, Salduz t. Turkije, §§ 52 en 55.

l'interrogatoire. Selon eux, le droit à être assisté d'un avocat implique au contraire également que si l'accusé est détenu, il doit pouvoir recourir aux services d'un avocat, indépendamment des interrogatoires, pour la vaste gamme d'activités qui sont propres au conseil ⁴⁴. Ces juges soulignent donc que la présence physique d'un avocat lors d'un interrogatoire est certes nécessaire mais pas suffisante. Dans un certain nombre d'arrêts ultérieurs, la Cour européenne semble s'être ralliée à cette conception dans la mesure où elle considère qu'un accusé détenu doit pouvoir bénéficier de l'assistance d'un avocat dès l'instant où il est privé de sa liberté, indépendamment des interrogatoires auxquels il est soumis, et que cette assistance porte sur la vaste gamme d'activités qui sont propres au conseil ⁴⁵.

Dans ces dernières affaires, il s'agissait toutefois d'accusés détenus. La jurisprudence de la Cour européenne concernant ce type d'accusé, ne permet pas en soi de tirer de conclusions claires à propos des droits des accusés qui ne sont pas privés de leur liberté. Aussi longtemps que la Cour européenne n'aura pas clairement statué autrement, il est sans doute permis d'avancer que, si le droit à être assisté d'un avocat s'applique également aux accusés qui ne sont pas détenus, l'exercice de ce droit pour ces accusés peut être limité à un droit de concertation préalable avec un avocat. Il est possible de trouver des arguments plaidant en faveur de cette conception dans la jurisprudence de la Cour européenne, dans la mesure où elle indique que des exigences plus sévères sur la manière de définir le droit à être assisté d'un avocat, sont posées selon le degré de gravité des faits, sur lesquels porte l'accusation, ou selon le degré de vulnérabilité de la personne de l'accusé ⁴⁶.

Cela reste en tout cas une matière qui requiert de suivre les développements de la jurisprudence de la Cour européenne.

d. Exclusion du droit de consultation pour les personnes non privées de liberté qui sont inculpées de certaines infractions (article 47bis, § 2, alinéa 1^{er}, 3^o, en projet du Code d'instruction criminelle)

18. Les personnes qui ne sont pas privées de leur liberté et qui sont entendues au sujet de faits qui concernent un délit visé à l'article 138, 6^o, 6^obis et 6^oter, du Code d'instruction criminelle, n'ont pas de droit de consultation (article 47bis, § 2, alinéa 1^{er}, 3^o, du Code d'instruction criminelle).

⁴⁴ Opinion séparée du juge Zagrebelsky et consorts, partagée par le juge Bratza dans son opinion séparée. Voir à cet égard la déclaration de Madame Khattabi, rapport au nom de la commission du Sénat, cité, p. 7.

⁴⁵ Voir p. ex. Cour eur. dr. h., 13 octobre 2009, Dayanan c. Turquie, n^o 7377/03, à paraître dans *CEDH* 2009, § 32; Cour eur. dr. h., 2 mars 2010, Adamkiewicz c. Pologne, n^o 54729/00, § 84; Cour eur. dr. h., 29 juin 2010, Karadag c. Turquie, n^o 12976/05, § 46; Cour eur. dr. h. 21 décembre 2010, Hovanesian c. Bulgarie, n^o 31814/03, § 34.

⁴⁶ Cour eur. dr. h. (GC), 27 novembre 2008, Salduz c. Turquie, § 54, *in fine*. Voir également ci-après, n^o 24.

wordt bijgestaan tijdens het verhoor. Volgens hen houdt het recht op bijstand van een advocaat integendeel ook in dat, als de verdachte aangehouden is, hij los van de verhoren een beroep moet kunnen doen op de advocaat voor de hele waaier van activiteiten die eigen zijn aan het raadgeven ⁴⁴. Deze rechters benadrukken dus dat de fysieke aanwezigheid van de advocaat tijdens een verhoor weliswaar noodzakelijk, maar niet voldoende is. In een aantal latere arresten lijkt het Europees Hof zich bij die opvatting te hebben aangesloten, waar het overweegt dat een aangehouden verdachte vanaf het ogenblik dat hij van zijn vrijheid is beroofd de bijstand door een advocaat moet kunnen genieten, los van de verhoren waaraan hij onderworpen wordt, en dat die bijstand slaat op de hele waaier van activiteiten die eigen zijn aan het raadgeven ⁴⁵.

In de laatstgenoemde zaken ging het echter om aangehouden verdachten. Op zich kunnen uit de rechtspraak van het Europees Hof in verband met dat soort verdachten geen duidelijke conclusies worden afgeleid met betrekking tot de rechten van verdachten die niet van hun vrijheid zijn beroofd. Zolang het Europees Hof niet duidelijk in een andere zin heeft beslist, kan wellicht worden voorgehouden dat, zo het recht op bijstand van een advocaat ook geldt voor verdachten die niet zijn aangehouden, de uitoefening van dat recht voor die verdachten beperkt kan worden tot een recht op een voorafgaand overleg met een advocaat. Voor die opvatting kunnen argumenten gezocht worden in de rechtspraak van het Europees Hof, in zoverre dit aangeeft dat naarmate het feit waarop de verdenking betrekking heeft ernstiger is of de persoon van de verdachte kwetsbaarder is, zwaardere eisen worden gesteld aan de wijze waarop invulling wordt gegeven aan het recht op bijstand van een advocaat ⁴⁶.

Dit blijft in elk geval een aangelegenheid waarvoor de ontwikkelingen in de rechtspraak van het Europees Hof gevolgd moeten worden.

d. Uitsluiting van het consultatierecht voor niet van hun vrijheid beroofde personen die van bepaalde misdrijven worden verdacht (ontworpen artikel 47bis, § 2, eerste lid, 3^o, van het Wetboek van Strafvordering)

18. Personen die niet van hun vrijheid zijn beroofd en die verhoord worden in verband met feiten die een wanbedrijf betreffen bedoeld in artikel 138, 6^o, 6^obis en 6^oter, van het Wetboek van Strafvordering, hebben geen recht op consultatie (ontworpen artikel 47bis, § 2, eerste lid, 3^o, van het Wetboek van Strafvordering).

⁴⁴ Afzonderlijke mening van rechter Zagrebelsky en consorten, bijgevallen door rechter Bratza in zijn afzonderlijke mening. Zie in dit verband de verklaring van mevrouw Khattabi, verslag namens de Senaatscommissie, aangehaald, p. 7.

⁴⁵ Zie bijv. EHRM, 13 oktober 2009, Dayanan t. Turkije, nr. 7377/03, te verschijnen in *ECHR*, 2009, § 32; EHRM, 2 maart 2010, Adamkiewicz t. Polen, nr. 54729/00, § 84; EHRM, 29 juni 2010, Karadag t. Turkije, nr. 12976/05, § 46; EHRM, 21 december 2010, Hovanesian t. Bulgarije, nr. 31814/03, § 34.

⁴⁶ EHRM (Gr. K.), 27 november 2008, Salduz t. Turkije, § 54, *in fine*. Zie ook hierna, nr. 24.

La proposition de loi initiale prévoyait qu'un inculpé non détenu avait droit à se concerter confidentiellement avec un avocat, "pour autant que les infractions qui peuvent lui être imputées soient susceptibles de donner lieu à la délivrance d'un mandat d'arrêt". Par cette restriction, les auteurs de la proposition entendaient éviter l'application de la garantie du droit à l'assistance à l'ensemble des infractions, ce qui, dans la pratique, rendrait les mesures proposées "totalement impossible[s] à réaliser, à la fois au plan budgétaire et au plan organisationnel"⁴⁷. Au cours des débats en commission de la Justice du Sénat au sujet de la proposition, l'option a été prise d'inscrire la restriction complémentaire visée ici dans la loi proposée, excluant notamment les infractions de roulage, qui relèvent de la compétence du tribunal de police, des règles s'appliquant aux inculpés non privés de liberté⁴⁸.

La doctrine défend la position selon laquelle l'exclusion du droit de consultation pour certaines infractions est difficilement conciliable avec la jurisprudence Salduz, qui ne ferait pas de distinction selon la gravité des faits⁴⁹.

Dans son arrêt Salduz, la Cour européenne considère que l'accès à un avocat doit en principe être garanti dès le premier interrogatoire de police et qu'il ne peut être dérogé à ce principe que s'il existe, à la lumière des circonstances particulières de l'espèce, des raisons impérieuses de restreindre ce droit⁵⁰. L'accent mis sur les circonstances concrètes de l'affaire donne à penser qu'une restriction n'est possible que *in concreto*⁵¹, et non *in abstracto* en faisant référence à certaines catégories d'infractions.

Ceci ne signifie pas nécessairement que des règles identiques doivent s'appliquer à toutes les infractions, même aux moins graves. Comme il a été observé ci-dessus, la jurisprudence de la Cour européenne semble ne pas exclure en effet que la teneur du droit de consultation puisse varier selon la gravité de l'infraction dont une personne est suspectée⁵².

Le Conseil d'État peut comprendre la position du Sénat, consistant à écarter, en principe, du champ d'application des règles en projet les infractions de roulage. À défaut d'une

In het oorspronkelijke voorstel van wet was bepaald dat een niet-aangehouden verdachte recht had op een vertrouwelijk overleg met een advocaat, "in zoverre de misdrijven die hem ten laste kunnen worden gelegd aanleiding kunnen geven tot het verlenen van een bevel tot aanhouding". De indieners van het voorstel wilden met die beperking vermijden dat de waarborg van het recht op bijstand zou gelden voor alle misdrijven, waardoor de voorgestelde regeling in de praktijk "totaal onhaalbaar [zou] zijn, zowel op budgettair vlak als op organisatorisch vlak"⁴⁷. Tijdens de bespreking van het voorstel in de commissie voor de Justitie van de Senaat is ervoor geopteerd om de hier bedoelde bijkomende beperking in de voorgestelde wet in te schrijven, waardoor met name de verkeersinbreuken, die behoren tot de bevoegdheid van de politierechtbank, van de regeling voor niet van hun vrijheid beroofde verdachten worden uitgesloten⁴⁸.

In de rechtsleer is de opvatting verdedigd dat de uitsluiting van het consultatierecht voor bepaalde misdrijven moeilijk in overeenstemming te brengen is met de Salduz-rechtspraak, die geen onderscheid zou maken naargelang de zwaarwichtigheid van de feiten⁴⁹.

In het arrest Salduz overweegt het Europees Hof dat de toegang tot een advocaat in beginsel moet worden gewaarborgd vanaf het eerste politieverhoor en dat van dit beginsel enkel kan worden afgeweken wanneer, in het licht van de bijzondere omstandigheden van de zaak, aangetoond kan worden dat er dwingende redenen zijn om dit recht te beperken⁵⁰. De nadruk op de concrete omstandigheden van de zaak lijkt erop te wijzen dat een beperking slechts mogelijk is *in concreto*⁵¹, en niet *in abstracto* door te verwijzen naar bepaalde categorieën van misdrijven.

Dit betekent niet noodzakelijk dat voor alle misdrijven, ook de minder belangrijke, eenzelfde regeling moet gelden. Zoals hiervóór is opgemerkt, lijkt de rechtspraak van het Europees Hof immers niet uit te sluiten dat de inhoud van het consultatierecht kan variëren naargelang de ernst van het misdrijf waarvan iemand verdacht wordt⁵².

De Raad van State kan begrip opbrengen voor het standpunt van de Senaat om de verkeersmisdrijven in beginsel buiten het toepassingsgebied van de ontworpen regeling te

⁴⁷ Développements, cités, pp. 16-17. Voir également les déclarations du Ministre de la Justice, rapport au nom de la commission du Sénat, cité, pp. 33-34 et 48.

⁴⁸ Développements à l'amendement n° 90, *Doc. parl.*, Sénat, 2010-11, n° 5-663/3; rapport au nom de la commission du Sénat, cité, p. 44 et 94. Voir à ce sujet T. Decaigny, "Een kritische blik op het wetgevend initiatief met betrekking tot toegang tot een advocaat in het prille vooronderzoek," in X (éd.), *De advocaat geboeid door het strafrecht*, Bruxelles, Larcier, 2011, à paraître, n° 18.

⁴⁹ Voir p. ex. T. Decaigny, *o.c.*, n° 18; I. van puyenbroeck et G. Vermeulen, "Hoe kan de bijstand van een advocaat bij het verhoor in de Belgische praktijk geregeld worden?," *T. Strafr.*, 2009, (212), 214.

⁵⁰ Cour eur. dr. h. (GC), 27 novembre 2008, Salduz c. Turquie, § 55.

⁵¹ Voir l'article 2bis, § 5, en projet de la loi détention préventive, au sujet des droits des inculpés qui sont privés de leur liberté.

⁵² Voir ci-dessus, n° 17 (sur la question de savoir si des inculpés non détenus ont le droit d'être assistés lors d'une audition).

⁴⁷ Toelichting, aangehaald, pp. 16-17. Zie eveneens verklaringen van de minister van Justitie, verslag namens de Senaatscommissie, aangehaald, pp. 33-34 en 48.

⁴⁸ Toelichting bij amendement nr. 90, *Parl. St.*, Senaat, 2010-11, nr. 5-663/3; verslag namens de Senaatscommissie, aangehaald, p. 44 en 94. Zie hierover T. Decaigny, "Een kritische blik op het wetgevend initiatief met betrekking tot toegang tot een advocaat in het prille vooronderzoek," in X (éd.), *De advocaat geboeid door het strafrecht*, Brussel, Larcier, 2011, te verschijnen, nr. 18.

⁴⁹ Zie bijv. T. Decaigny, *o.c.*, nr. 18; I. van puyenbroeck en G. Vermeulen, "Hoe kan de bijstand van een advocaat bij het verhoor in de Belgische praktijk geregeld worden?," *T. Strafr.*, 2009, (212), 214.

⁵⁰ EHRM (Gr. K.), 27 november 2008, Salduz t. Turkije, § 55.

⁵¹ Zie het ontworpen artikel 2bis, § 5, van de Voorlopige Hechteniswet, in verband met de rechten van verdachten die van hun vrijheid zijn beroofd.

⁵² Zie hiervóór, nr. 17 (i.v.m. de vraag of ook niet-aangehouden verdachten recht op bijstand tijdens een verhoor hebben).

jurisprudence claire sur la modulation du droit à être assisté en fonction de la nature de l'infraction dont l'intéressé est inculpé, il est toutefois difficile d'affirmer avec certitude que le législateur respecterait ainsi la marge d'appréciation revenant aux autorités nationales.

e. Élargissement du droit à l'assistance lors d'une audition à d'autres situations de privation de liberté régies, à l'instar des situations visées dans le projet, par la loi détention préventive (article 2*bis*, § 2, alinéa 1^{er}, en projet de la loi détention préventive)

19. Selon le projet de loi, "la personne concernée a le droit à être assistée de son avocat lors des auditions qui ont lieu dans le délai visé à l'article 1, 1^o, ou à l'article 2 [de la loi détention préventive]" (article 2*bis*, § 2, alinéa 1^{er}, en projet de la loi relative à la détention préventive). L'inculpé qui est interrogé par le juge d'instruction en vue de la délivrance d'un mandat d'arrêt, a lui aussi le droit à être assisté de son avocat lors de l'interrogatoire (article 16, § 2, alinéa 2, en projet de la loi détention préventive).

Limiter la jouissance du droit à être assisté au cours de l'audition aux cas cités est critiquable dès lors que l'énumération ne recouvre pas toutes les situations de privation de liberté et qu'elle n'est, à première vue, pas dûment justifiée.

Le projet de loi prévoit en effet un droit à l'assistance d'un avocat lors de l'audition dans le cas d'une arrestation en flagrant délit (article 1^{er} de la loi détention préventive) et dans le cas d'une mise à la disposition de la justice hors le cas de flagrant délit (article 2 de la loi détention préventive), à chaque fois dans le délai de 24 heures maximum avant de déférer l'inculpé devant le juge d'instruction. Ce droit s'appliquera ensuite également, comme il a été exposé, au cours de l'interrogatoire par le juge d'instruction en vue de décerner un mandat d'arrêt (article 16, § 2, alinéa 2, en projet de la loi détention préventive). La manière dont est libellé l'article 2*bis*, § 2, alinéa 1^{er}, en projet de la loi détention préventive⁵³, donne en revanche à penser qu'il n'y a pas de droit à être assisté pendant les auditions qui ont lieu dans le délai (de 24 heures maximum) prolongeant le délai initial de 24 heures, en application de l'article 15*bis* en projet de la loi détention préventive.

⁵³ L'article 2*bis*, § 2, alinéa 1^{er}, en projet fait seulement référence aux auditions "dans le délai visé à l'article 1, 1^o, ou à l'article 2"

houden. Bij gebreke van een duidelijke rechtspraak over de modulering van het recht op bijstand naargelang de aard van het misdrijf waarvan de betrokkene verdacht wordt, is het echter moeilijk om met zekerheid te stellen dat de wetgever daarmee binnen de aan de nationale overheden toekomende beoordelingsruimte zou blijven.

e. Verruiming van het recht op bijstand tijdens het verhoor tot andere situaties van vrijheidsberoving die, zoals de in het ontwerp bedoelde situaties, worden geregeld in de Voorlopige Hechteniswet (ontworpen artikel 2*bis*, § 2, eerste lid, van de Voorlopige Hechteniswet)

19. Volgens het wetsontwerp heeft "de betrokken persoon [...] recht op bijstand door zijn advocaat tijdens de verhoren binnen de bij artikel 1, 1^o, of artikel 2 [van de Voorlopige Hechteniswet] bepaalde termijn" (ontworpen artikel 2*bis*, § 2, eerste lid, van de Voorlopige Hechteniswet). Ook de verdachte die door de onderzoeksrechter wordt ondervraagd met het oog op het verlenen van een bevel tot aanhouding, heeft recht op bijstand door zijn advocaat tijdens de ondervraging (ontworpen artikel 16, § 2, tweede lid, van de Voorlopige Hechteniswet).

De beperking van het genot van het recht op bijstand tijdens het verhoor tot de genoemde gevallen is voor kritiek vatbaar, nu de opsomming niet alle situaties van gerechtelijke vrijheidsberoving bevat, zonder dat daarvoor op het eerste gezicht een deugdelijke verantwoording wordt gegeven.

Het wetsontwerp voorziet inderdaad in een recht op bijstand door een advocaat tijdens het verhoor in het geval van een aanhouding bij ontdekking op heterdaad (artikel 1 van de Voorlopige Hechteniswet) en in het geval van een terbeschikkingstelling van de rechter buiten heterdaad (artikel 2 van de Voorlopige Hechteniswet), telkens binnen de termijn van maximum 24 uur voordat de verdachte voor de onderzoeksrechter wordt gebracht. Dat recht geldt vervolgens ook, zoals gezegd, tijdens de ondervraging door de onderzoeksrechter met het oog op het verlenen van een bevel tot aanhouding (ontworpen artikel 16, § 2, tweede lid, van de Voorlopige Hechteniswet). Door de wijze waarop het ontworpen artikel 2*bis*, § 2, eerste lid, van de Voorlopige Hechteniswet is geformuleerd⁵³, lijkt er daarentegen geen recht op bijstand te zijn tijdens de verhoren die plaatsvinden binnen de termijn (van maximum 24 uur) waarmee de aanvankelijke termijn van 24 uur is verlengd, met toepassing van het ontworpen artikel 15*bis* van de Voorlopige Hechteniswet.

⁵³ Het ontworpen artikel 2*bis*, § 2, eerste lid, verwijst enkel naar de verhoren "binnen de bij artikel 1, 1^o, of artikel 2 bepaalde termijn"

Par ailleurs, contrairement aux règles applicables au droit de consultation⁵⁴, l'article 2bis, § 2, en projet, ne mentionne pas non plus la situation où le juge d'instruction décerne un mandat d'amener à l'encontre d'une personne⁵⁵.

Le Conseil d'État se demande s'il ne s'agit pas dans les deux cas cités d'un oubli. Il suggère en tout cas d'adapter l'article 2bis, § 2, en projet, de sorte que cette disposition s'applique sans ambiguïté aux deux situations citées⁵⁶.

f. Élargissement des règles en projet aux personnes interrogées concernant une infraction administrative de caractère pénal

20. Dès lors que le droit à l'assistance d'un avocat est, selon l'article 6, § 3, c, CEDH, garanti à quiconque est inculpé d'un fait délictueux, et dès lors que le projet soumis pour avis prévoit un droit de consultation et un droit d'assistance au cours d'une audition pour des personnes qui sont soupçonnées d'avoir commis une infraction, la question se pose de savoir s'il n'y a pas également lieu de prévoir des règles pour des personnes soupçonnées d'avoir commis une infraction qui, bien que ne relevant pas du droit pénal en droit interne, est bien "pénale" au sens de l'article 6 CEDH.

Ainsi par exemple, le législateur doit-il se demander s'il n'y a pas lieu de prévoir un droit de consultation et, éventuellement un droit à l'assistance lors de l'audition, pour les personnes qui sont interrogées par l'Inspection Spéciale des Impôts. Si le droit de garder le silence trouve à s'appliquer en la matière⁵⁷, le droit à l'assistance d'un avocat semble également le devoir⁵⁸.

Si le législateur estime qu'il y a lieu d'également légiférer dans ce domaine, il n'est évidemment pas nécessaire de faire figurer ces règles dans le présent projet. Elles peuvent faire l'objet d'un ou de plusieurs projets de loi distincts, d'autant qu'elles dépassent le cadre strict de la jurisprudence Salduz.

Bovendien wordt, in tegenstelling tot de regeling inzake het consultatierecht⁵⁴, in het ontworpen artikel 2bis, § 2, van de Voorlopige Hechteniswet evenmin verwezen naar de situatie waarbij door de onderzoeksrechter tegen een persoon een bevel tot medebrenging is uitgevaardigd⁵⁵.

De Raad van State vraagt zich af of het in de twee genoemde gevallen niet om een vergetelheid gaat. Hij suggereert in elk geval om het ontworpen artikel 2bis, § 2, aan te passen, zodat de twee genoemde situaties ondubbelzinnig onder de toepassing van die bepaling vallen⁵⁶.

f. Verruiming van de ontworpen regeling tot personen die ondervraagd worden met betrekking tot een administratieve overtreding met strafrechtelijk karakter

20. Nu het recht op bijstand door een advocaat volgens artikel 6, § 3, c, EVRM gewaarborgd is voor eenieder die beschuldigd wordt van een strafbaar feit, en nu het voor advies voorgelegde ontwerp voorziet in een consultatierecht en een recht op bijstand tijdens een verhoor voor personen die ervan verdacht worden een misdrijf te hebben gepleegd, rijst de vraag of ook niet in een regeling moet worden voorzien voor personen die ervan verdacht worden een overtreding te hebben begaan die naar intern recht weliswaar niet tot het strafrecht behoort, maar die wel "strafrechtelijk" is in de zin van artikel 6 EVRM.

Zo dient de wetgever zich bijvoorbeeld af te vragen of niet moet worden voorzien in een consultatierecht, en eventueel een recht op bijstand tijdens het verhoor, voor de personen die ondervraagd worden door de Bijzondere Belastinginspectie. Als het zwijgrecht terzake toepassing vindt⁵⁷, lijkt ook het recht op bijstand van een advocaat aan de orde⁵⁸.

Indien de wetgever van oordeel is dat ook op dit domein een wettelijke regeling nodig is, hoeft hij die regeling uiteraard niet noodzakelijk op te nemen in het voorliggende ontwerp. Die regeling kan ook het voorwerp uitmaken van één of meer afzonderlijke wetsontwerpen voor wat de federale aangelegenheden betreft, des te meer daar ze het strikte kader van de Salduz-rechtspraak te buiten zou gaan.

⁵⁴ Voir l'article 2bis, § 1^{er}, alinéa 1^{er} en projet, de la loi détention préventive.

⁵⁵ L'article 5 de la loi détention préventive dispose que le juge d'instruction interroge dans les vingt-quatre heures suivant la signification du mandat d'amener. L'article 12 de la loi détention préventive dispose que le mandat d'amener couvre une période de privation de liberté de vingt-quatre heures au plus, à compter de la privation de liberté en exécution du mandat d'amener ou, si l'inculpé était déjà privé de sa liberté, à compter de la signification du mandat.

⁵⁶ Sur l'exclusion du droit à l'assistance au cours des auditions ayant lieu après qu'un mandat d'arrêt a été délivré à l'encontre de l'inculpé, voir ci-après, n° 23.

⁵⁷ Voir p. ex. Cour eur. dr. h., 3 mai 2001, J.B. c. Suisse, n° 31827/96, CEDH, 2001-III.

⁵⁸ S. Vancolen et A. Maes, "Salduz in fiscalibus: kan bijstand advocaat ook vereist zijn bij ondervraging door BBI?"; *Fiscale actualiteit*, 2011, n° 13, (6), 9.

⁵⁴ Zie het ontworpen artikel 2bis, § 1, eerste lid, van de Voorlopige Hechteniswet.

⁵⁵ Artikel 5 van de Voorlopige Hechteniswet bepaalt dat de onderzoeksrechter ondervraagt binnen vierentwintig uren na de betekening van het bevel tot medebrenging. Artikel 12 van de Voorlopige Hechteniswet bepaalt dat het bevel tot medebrenging een periode van vrijheidsbeneming van hoogstens vierentwintig uren dekt, te rekenen van de vrijheidsbeneming ter uitvoering van het bevel tot medebrenging of, indien de verdachte reeds van zijn vrijheid beroofd was, te rekenen van de betekening van het bevel.

⁵⁶ In verband met de uitsluiting van het recht op bijstand tijdens de verhoren die plaatsvinden nadat tegen de verdachte een bevel tot aanhouding is verleend, zie hierna, nr. 23.

⁵⁷ Zie bijv. EHRM, 3 mei 2001, J.B. t. Zwitserland, nr. 31827/96, ECHR, 2001-III.

⁵⁸ S. Vancolen en A. Maes, "Salduz in fiscalibus: kan bijstand advocaat ook vereist zijn bij ondervraging door BBI?"; *Fiscale actualiteit*, 2011, nr. 13, (6), 9.

2. Contenu du droit à l'assistance

21. Le projet de loi prévoit un droit de consultation et un droit d'assistance au cours de l'audition. Ces deux droits peuvent être regardés comme des éléments du droit à l'assistance d'un avocat. Dans la mesure où ils s'appliquent (voir l'analyse ci-dessus), le Sénat a donné à ces deux droits un contenu spécifique.

Ainsi, le droit de consultation pour les personnes non privées de leur liberté est uniquement accordé "avant la première audition" (article 47bis, § 2, alinéa 1^{er}, 3^o, en projet, du Code d'instruction criminelle) et pour les personnes privées de leur liberté à partir de la privation de liberté et "préalablement au premier interrogatoire" (article 2bis, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet, de la loi détention préventive).

En ce qui concerne le droit à l'assistance d'un avocat au cours de l'audition, il est prévu que cette assistance vise exclusivement à permettre un contrôle du respect du droit de se taire, du traitement réservé à l'inculpé et de la régularité de l'audition (article 2bis, § 2, alinéa 3, en projet de la loi détention préventive). Les développements de la proposition initiale précisent ce que l'avocat ne peut pas faire (par exemple "parler à son client, [...] lui glisser quelque chose à l'oreille, [...] se concerter ou avoir des contacts avec lui (par des signes par exemple)"), et ce qu'il peut faire⁵⁹. Le projet même précise que l'avocat "peut sans délai faire mentionner dans le procès-verbal d'audition les violations des droits [visés] qu'il estime avoir observées" (article 2bis, § 2, alinéa 4, en projet, de la loi détention préventive). Le Sénat a voulu éviter que lors de

l'audition, un débat contradictoire s'engage entre l'avocat et la personne qui procède à l'audition⁶⁰.

La question se pose de savoir si le droit d'assistance reçoit ainsi un contenu suffisant.

22. En ce qui concerne la concertation préalable à une audition, il ressort des développements de la proposition initiale que ses auteurs sont partis du principe que la concertation confidentielle doit principalement être garantie à l'occasion de la première audition, "compte tenu de la situation précaire dans laquelle se trouve alors la personne entendue puisque c'est la première fois qu'elle entre en contact avec les autorités policières et judiciaires"⁶¹. Ceci ne signifie nullement qu'il n'y a pas de concertation possible avant toute audition suivante. C'est toutefois à l'intéressé même qu'il incombe alors d'organiser cette concertation. En d'autres termes, les services de police, le parquet ou le juge d'instruction ne doivent plus garantir que l'inculpé puisse exercer son droit à la concertation préalable⁶².

⁵⁹ Développements, cités, p. 24.

⁶⁰ Développements, cités, p. 32; rapport au nom de la commission du Sénat, cité, pp. 72-74, 75 et 87.

⁶¹ Développements, cités, p. 18.

⁶² Si l'intéressé n'a pas été arrêté, "il jouit de la liberté d'aller et venir et peut prendre toutes les dispositions pour voir son avocat" (développements, cités, p. 18). Si l'intéressé a été arrêté, "[il peut] communiquer librement avec son avocat et [...] une mise au secret vis-à-vis de l'avocat [est exclue]" p. 22.

2. Inhoud van het recht op bijstand

21. Het wetsontwerp voorziet in een consultatierecht en een recht op bijstand tijdens het verhoor. Beide rechten kunnen worden beschouwd als onderdelen van het recht op bijstand door een advocaat. De Senaat heeft aan beide rechten, in de mate dat ze van toepassing zijn (zie de bespreking hiervóór), een welbepaalde invulling gegeven.

Zo wordt het consultatierecht voor niet van hun vrijheid beroofde personen enkel toegekend "vóór het eerste verhoor" (ontworpen artikel 47bis, § 2, eerste lid, 3^o, van het Wetboek van Strafvordering), en voor van hun vrijheid beroofde personen vanaf de vrijheidsberoving en "voorafgaandelijk aan het eerstvolgende verhoor" (ontworpen artikel 2bis, § 1, eerste lid, van de Voorlopige Hechteniswet).

Wat betreft het recht op bijstand door een advocaat tijdens het verhoor wordt bepaald dat die bijstand uitsluitend tot doel heeft een toezicht mogelijk te maken op de eerbiediging van het zwijgrecht, de wijze waarop de verdachte behandeld wordt en de regelmatigheid van het verhoor (ontworpen artikel 2bis, § 2, derde lid, van de Voorlopige Hechteniswet). In de toelichting bij het oorspronkelijke voorstel wordt nader gepreciseerd wat de advocaat niet mag doen [bijv. "met zijn cliënt praten/fluisteren/overleg plegen/contact hebben (bijvoorbeeld tekens geven)"], en wat hij wel mag doen⁵⁹. Het ontwerp zelf preciseert dat de advocaat "onmiddellijk melding [kan] laten maken in het proces-verbaal van verhoor van de schendingen van de [genoemde] rechten die hij meent te hebben vastgesteld" (ontworpen artikel 2bis, § 2, vierde lid, van de Voorlopige

Hechteniswet). De Senaat heeft willen vermijden dat tijdens het verhoor een tegensprekelijk debat ontstaat tussen de advocaat en de persoon die het verhoor afneemt⁶⁰.

De vraag rijst of aldus een voldoende invulling wordt gegeven aan het recht op bijstand.

22. In verband met het overleg dat voorafgaat aan een verhoor, blijkt uit de toelichting bij het oorspronkelijke voorstel dat de indieners ervan uitgingen dat het vertrouwelijk verhoor vooral gegarandeerd moet worden naar aanleiding van het eerste verhoor, "gelet op de preciaire situatie waarin de verhoorde zich dan bevindt, gezien hij voor het eerst in contact komt met de politionele en gerechtelijke autoriteiten"⁶¹. Dit betekent geenszins dat er vóór elk volgend verhoor geen mogelijkheid tot overleg is. Het wordt dan wel aan de betrokkene zelf overgelaten om dat overleg te organiseren. De politiediensten, het parket of de onderzoeksrechter moeten dan met andere woorden niet meer waarborgen dat de verdachte zijn recht op voorafgaand overleg kan uitoefenen⁶².

⁵⁹ Toelichting, aangehaald, p. 24.

⁶⁰ Toelichting, aangehaald, p. 32; verslag namens de Senaatscommissie, aangehaald, pp. 72-74, 75 en 87.

⁶¹ Toelichting, aangehaald, p. 18.

⁶² Indien de betrokkene niet is aangehouden, "beschikt hij over de vrijheid van komen en gaan en kan hij alle schikkingen treffen om zijn advocaat te zien" (toelichting, aangehaald, p. 18). Als de betrokkene is aangehouden, "kan hij vrij verkeer hebben met zijn advocaat en is een opsecrètement voor de advocaat niet mogelijk" (p. 22).

Compte tenu de ces précisions, il n'apparaît pas que le droit de consultation ait été organisé avec trop de restrictions.

23. À propos de l'assistance de l'avocat au cours de l'audition, il ressort de la jurisprudence de la Cour européenne qu'elle vise à "compenser" la situation vulnérable dans laquelle se trouve l'inculpé. La Cour considère en outre que la tâche de l'avocat consiste notamment à veiller à ce que le droit de l'accusé de ne pas s'incriminer lui-même soit respecté⁶³. Compte tenu de cette finalité de l'assistance lors de l'audition, on peut admettre que la mission de l'avocat définie dans le projet est suffisamment large au regard des exigences de l'article 6, §§ 1^{er} et 3, c, CEDH.

Dans la mesure où le droit à l'assistance pendant l'audition est limité aux interrogatoires qui ont lieu dans le premier délai de 24 heures suivant la privation de liberté, la question s'est posée ci-dessus de savoir si les dispositions en projet ne résultent pas en partie d'un oubli, en ce sens qu'elles ne s'appliquent notamment pas à l'audition effectuée sur la base d'un mandat d'amener ou aux auditions effectuées pendant le délai prolongé - de 24 heures maximum — jusqu'à la délivrance du mandat d'arrêt (voir n° 19). Ce point ne sera plus rappelé ici. Le Conseil d'État constate que le Sénat a en tout cas délibérément choisi de ne pas prévoir un droit à l'assistance lors des auditions qui ont lieu après la délivrance du mandat d'arrêt. Les auteurs de la proposition de loi ont justifié ce choix en soulignant qu'une personne arrêtée dispose de nombreux droits qui doivent suffire à garantir un procès équitable, que le secret de l'instruction reste toujours applicable, et que le fait de continuer à organiser un droit à l'assistance d'un avocat pourrait prolonger inutilement la durée de la détention préventive⁶⁴. Le Conseil d'État peut comprendre ce point de vue. Il est vrai aussi que dans sa jurisprudence, la Cour européenne met l'accent sur la vulnérabilité de l'inculpé dans les premiers stades de la procédure. Néanmoins, la question se pose de savoir si un avocat ne doit pas veiller lors de chaque audition à ce qu'il ne soit pas exercé de pression ou de contrainte inadmissibles sur l'inculpé. En l'absence d'une jurisprudence non équivoque à cet égard, le Conseil d'État se limite toutefois à formuler une réserve sur ce point.

24. Rappelons enfin que le droit à l'assistance d'un avocat comporte plus que le droit à une concertation préalable avant une audition et le droit à l'assistance lors de l'audition. Comme il a été observé ci-dessus, la Cour européenne souligne que l'assistance d'un avocat renferme également une gamme d'autres activités⁶⁵. Dans l'arrêt *Dayanan c. Turquie*, la Cour considère notamment: "la discussion de l'affaire, l'organisation de la défense, la recherche des preuves favorables à l'accusé, la préparation des interrogatoires, le soutien de l'accusé en détresse et le contrôle des conditions de détention

Gelet op die toelichting, blijkt niet dat het consultatierecht op een te beperkte manier wordt georganiseerd.

23. In verband met de bijstand van de advocaat tijdens het verhoor, blijkt uit de rechtspraak van het Europees Hof dat die bedoeld is om een "compensatie" te vormen voor de kwetsbaarheid waarin de verdachte zich bevindt. Het Hof overweegt voorts dat de taak van de advocaat er met name in bestaat om ervoor te zorgen dat het recht van de verdachte om zichzelf niet te beschuldigen, wordt geëerbiedigd⁶³. In het licht van die finaliteit van de bijstand bij het verhoor kan worden aangenomen dat de in het ontwerp omschreven opdracht van de advocaat voldoende ruim is, vanuit het oogpunt van de vereisten van artikel 6, §§ 1 en 3, c, EVRM.

In zoverre het recht op bijstand tijdens het verhoor wordt beperkt tot de verhoren binnen de eerste termijn van 24 uren na de vrijheidsberoving, is hiervóór de vraag gesteld of de ontworpen regeling niet gedeeltelijk berust op een vergetelheid, namelijk in zoverre de ontworpen regeling niet mede geldt voor het verhoor op grond van een bevel tot medebrenging of voor de verhoren tijdens de - met maximum 24 uren — verlengde termijn tot aan de aflevering van het bevel tot aanhouding (zie nr. 19). Daarop wordt hier niet teruggekomen. De Raad van State stelt vast dat het in elk geval een welbewuste keuze van de Senaat is geweest om niet te voorzien in een recht op bijstand tijdens de verhoren die na het verlenen van het bevel tot aanhouding plaatsvinden. De indieners van het wetsvoorstel hebben die keuze verantwoord door erop te wijzen dat een aangehouden persoon over talrijke rechten beschikt die moeten volstaan om het recht op een eerlijk proces te waarborgen, dat nog steeds het geheim van het onderzoek geldt, en dat het blijven organiseren van een recht op bijstand door een advocaat de duur van de voorlopige hechtenis nodeloos zou kunnen verlengen⁶⁴. De Raad van State kan begrip opbrengen voor dit standpunt. Het is ook juist dat het Europees Hof in zijn rechtspraak de nadruk legt op de kwetsbaarheid van de verdachte in de eerste stadia van de procedure. Toch rijst de vraag of een advocaat niet bij elk verhoor ervoor moet kunnen zorgen dat geen ongeoorloofde druk of dwang wordt uitgeoefend op de verdachte. Bij gebreke van een duidelijke rechtspraak over deze kwestie, beperkt de Raad van State zich er evenwel toe om op dit punt een voorbehoud te maken.

24. Ten slotte moet eraan herinnerd worden dat het recht op bijstand van een advocaat meer omvat dan het recht op een voorafgaand overleg vóór een verhoor en het recht op bijstand tijdens het verhoor. Zoals hiervóór is opgemerkt, wijst het Europees Hof erop dat de bijstand door een advocaat ook een waaier van andere activiteiten omvat⁶⁵. In het arrest *Dayanan t. Turkije* overweegt het Hof met name: "la discussion de l'affaire, l'organisation de la défense, la recherche des preuves favorables à l'accusé, la préparation des interrogatoires, le soutien de l'accusé en détresse et le contrôle

⁶³ Cour eur. dr. h. (GC), 27 novembre 2008, *Salduz c. Turquie*, § 54.

⁶⁴ Développements, cités, pp. 24-25.

⁶⁵ Voir ci-dessus, n° 17.

⁶³ EHRM (Gr. K.), 27 novembre 2008, *Salduz t. Turkije*, § 54.

⁶⁴ Toelichting, aangehaald, pp. 24-25.

⁶⁵ Zie hiervóór, nr. 17.

sont des éléments fondamentaux de la défense que l'avocat doit librement exercer"⁶⁶.

Conformément à cette jurisprudence, la Cour européenne a décidé que si un inculpé (détenu) ne peut être assisté d'un avocat lors des actes de procédure qui supposent la collaboration active de l'inculpé, comme une descente sur les lieux avec reconstitution des faits, le droit à un procès équitable peut être compromis⁶⁷.

Les Chambres législatives devront dès lors vérifier si la législation ne requiert pas d'autres adaptations.

3. Sanction de la méconnaissance du droit à l'assistance d'un avocat

25. L'article 47bis, § 6, en projet, du Code d'instruction criminelle s'énonce comme suit: "Les auditions effectuées en violation des dispositions des paragraphes 2 à 5 ne peuvent être utilisées de manière exclusive, ni dans une mesure déterminante aux fins d'une condamnation de la personne interrogée"⁶⁸. En vertu de l'article 47bis, § 3, en projet, du même code, la même sanction s'applique également aux auditions de personnes privées de leur liberté⁶⁹.

Cette sanction ne paraît pas conforme à l'arrêt Salduz. Dans cet arrêt, la Cour européenne a jugé qu'il y a en principe violation du droit à l'assistance lorsque des déclarations faites sans l'assistance d'un avocat sont utilisées pour condamner une personne⁷⁰. Tel était le cas dans l'affaire du requérant: la Cour européenne constata que le juge pénal avait utilisé les déclarations du requérant, faites sans l'assistance d'un avocat, comme preuve essentielle pour justifier sa condamnation⁷¹. Dans des arrêts ultérieurs, la Cour s'est encore montrée plus claire. Dans l'affaire Dayanan c. Turquie, précitée, elle considère qu'une interdiction légale d'assistance d'un avocat pendant la privation de liberté constitue par elle-même une violation de l'article 6 CEDH, même s'il apparaît que l'inculpé n'a fait aucune déclaration⁷². Dans l'affaire Leonid Lazarenko c. Ukraine, la Cour estime que l'impact précis qu'une déclaration faite sans l'assistance d'un avocat a sur la condamnation importe peu: dès que la déclaration a exercé

des conditions de détention sont des éléments fondamentaux de la défense que l'avocat doit librement exercer"⁶⁶.

In de lijn van die rechtspraak heeft het Europees Hof beslist dat, als een (aangehouden) verdachte niet kan worden bijgestaan door een advocaat tijdens onderzoekshandelingen die de actieve medewerking van de verdachte veronderstellen, zoals een plaatsbezoek met wedersamenstelling van de feiten, dit het recht op een eerlijk proces in het gedrang kan brengen⁶⁷.

De Wetgevende Kamers dienen dan ook na te gaan of de wetgeving geen verdere aanpassingen vergt.

3. Sanctie op de miskenning van het recht op bijstand door een advocaat

25. Het ontworpen artikel 47bis, § 6, van het Wetboek van Strafvordering luidt als volgt: "Verhoren die afgenomen zijn in strijd met de bepalingen van de paragrafen 2 tot 5, kunnen niet uitsluitend of in overheersende mate dienen voor een veroordeling van de ondervraagde persoon"⁶⁸. Via het ontworpen artikel 47bis, § 3, van hetzelfde wetboek geldt diezelfde sanctie ook voor de verhoren van personen die van hun vrijheid zijn beroofd⁶⁹.

Die sanctieregeling lijkt niet in overeenstemming te zijn met de Salduz-rechtspraak. In het arrest Salduz oordeelde het Europees Hof dat het recht van verdediging in beginsel is geschonden als verklaringen afgelegd zonder bijstand van een advocaat gebruikt worden om iemand te veroordelen⁷⁰. Dat was het geval in de zaak van de verzoeker: het Europees Hof stelde vast dat de strafrechter zijn verklaringen, afgelegd zonder bijstand van een advocaat, had gebruikt als het essentiële bewijs om diens veroordeling te verantwoorden⁷¹. In latere arresten is het Hof nog duidelijker. In de genoemde zaak Dayanan t. Turkije overweegt het dat een wettelijk verbod van bijstand door een advocaat tijdens de vrijheidsberoving op zich een schending van artikel 6 EVRM uitmaakt, zelfs als blijkt dat de verdachte geen enkele verklaring heeft afgelegd⁷². In de zaak Leonid Lazarenko t. Oekraïne overweegt het Hof dat de precieze impact van een verklaring afgelegd zonder bijstand van een advocaat op de veroordeling zonder belang

⁶⁶ Cour eur. dr. h., 13 octobre 2009, Dayanan c. Turquie, n° 7377/03, § 32 à paraître dans *CEDH*, 2009. Dans le même sens: Cour eur. dr. h., 2 mars 2010, Adamkiewicz c. Pologne, n° 54729/00, § 84; Cour eur. dr. h., 21 décembre 2010, Hovanesian c. Bulgarie, n° 31814/03, § 34.

⁶⁷ Cour eur. dr. h., 29 juin 2010, Karadag c. Turquie, n° 12976/05, §§ 47-48.

⁶⁸ Cette terminologie est empruntée à l'article 189bis, alinéa 3, du Code d'instruction criminelle relatif aux témoignages anonymes. Voir les développements de la proposition de loi initiale, cités, p. 20.

⁶⁹ Par souci de clarté, il serait judicieux d'inscrire également, de manière explicite, la sanction dans l'article 2bis, en projet, de la loi détention préventive.

⁷⁰ Cour eur. dr. h. (GC), 27 novembre 2008, Salduz c. Turquie, § 55.

⁷¹ Même arrêt, § 57.

⁷² Cour eur. dr. h., 13 octobre 2009, Dayanan c. Turquie, n° 7377/03, à paraître dans *CEDH*, 2009, § 33.

⁶⁶ EHRM, 13 oktober 2009, Dayanan t. Turkije, nr. 7377/03, te verschijnen in *ECHR*, 2009, § 32. In dezelfde zin: EHRM, 2 maart 2010, Adamkiewicz t. Polen, nr. 54729/00, § 84; EHRM, 21 december 2010, Hovanesian t. Bulgarije, nr. 31814/03, § 34.

⁶⁷ EHRM, 29 juni 2010, Karadag t. Turkije, nr. 12976/05, §§ 47-48.

⁶⁸ Deze terminologie is ontleend aan artikel 189bis, derde lid, van het Wetboek van Strafvordering, dat betrekking heeft op anonieme getuigenissen. Zie de toelichting bij het oorspronkelijke wetsvoorstel, aangehaald, p. 20.

⁶⁹ Omwille van de duidelijkheid zou het nuttig zijn om de sanctieregeling ook uitdrukkelijk op te nemen in het ontworpen artikel 2bis van de Voorlopige Hechteniswet.

⁷⁰ EHRM (Gr. K.), 27 november 2008, Salduz t. Turkije, § 55.

⁷¹ Zelfde arrest, § 57.

⁷² EHRM, 13 oktober 2009, Dayanan t. Turkije, nr. 7377/03, te verschijnen in *ECHR*, 2009, § 33.

une quelconque influence, il faut conclure à une violation de l'article 6 CEDH ⁷³. Inversement, si la loi nationale interdit que la juridiction de jugement utilise à titre de preuve des déclarations faites lors de l'interrogatoire de police, l'absence d'assistance d'un avocat pendant cette audition ne donne pas lieu à une violation de l'article 6 CEDH ⁷⁴.

Compte tenu de cette jurisprudence, la loi devrait disposer que des déclarations faites en violation des garanties formelles qui ressortent de l'arrêt Salduz, ne peuvent en aucun cas être utilisées pour condamner l'intéressé. Dans l'article 47bis, § 6, en projet, du Code d'instruction criminelle, les mots "de manière exclusive, ni dans une mesure déterminante" devraient donc être omis. Une adaptation du projet en ce sens aurait pour conséquence que la violation de l'article 6 CEDH aux premiers stades de l'enquête peut être complètement réparée en cours de procédure. Une condamnation du prévenu sur la base d'autres éléments serait alors possible, sans qu'il soit encore question de violation de l'article 6 CEDH ⁷⁵, à la condition que le fait de recueillir ces autres éléments n'ait pas été la conséquence directe

des déclarations faites par le suspect sans l'assistance de son avocat ⁷⁶.

4. Renonciation au droit à l'assistance d'un avocat

26. Le projet contient différentes dispositions prévoyant la possibilité de renoncer explicitement ou implicitement au droit à l'assistance.

L'article 47bis, § 2, alinéa 3, en projet, du Code d'instruction criminelle dispose que la personne à interroger peut renoncer volontairement et de manière réfléchie au droit, avant la première audition, de se concerter confidentiellement avec son avocat. Cette renonciation doit être faite par écrit, dans un document daté et signé par l'intéressé. L'article 2bis, § 1^{er}, alinéa 5, en projet, de la loi détention préventive dispose que ce n'est qu'après avoir eu un contact confidentiel par téléphone avec la permanence que l'inculpé détenu peut renoncer volontairement et de manière réfléchie au droit à une concertation confidentielle avec un avocat. Dans ce cas également, la renonciation doit être faite par écrit dans un document daté

⁷³ "It is to be underlined that the extent to which the applicant's initial confession affected his conviction is of no importance. That it irretrievably prejudiced the right of defence is presumed once it is established that it had some bearing on the conviction. While not being the sole basis for the applicant's conviction in the present case, the impugned confession undoubtedly influenced it and was relied on by the courts" (Cour eur. dr. h., 28 octobre 2010, Leonid Lazarenko c. Ukraine, n° 22313/04, § 57).

⁷⁴ Cour eur. dr. h., 21 décembre 2010, Hovanesian c. Bulgarie, n° 31814/03.

⁷⁵ Pour des exemples, voir Cass., 22 juin 2010, Pas., 2010, n° 445; Cass., 27 octobre 2010, n° P.10 1372.F.

⁷⁶ O. Michiels et A. Jacobs, "Les implications de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme sur les preuves. La jurisprudence Salduz et l'arrêt Gäfgen", *J.T.*, 2011, (153), pp. 156-157, n° 15, et p. 158, n° 22.

is: van zodra de verklaring enige invloed heeft uitgeoefend, moet besloten worden dat artikel 6 EVRM is geschonden ⁷³. Omgekeerd, als de nationale wet verbiedt dat verklaringen afgelegd tijdens het verhoor door de politie gebruikt worden als bewijs door het vonnisgerecht, leidt het gebrek aan bijstand door een advocaat tijdens dat verhoor niet tot een schending van artikel 6 EVRM ⁷⁴.

Gelet op die rechtspraak zou de wet moeten bepalen dat verklaringen afgelegd in strijd met de formele waarborgen die uit de Salduz-rechtspraak blijken, in het geheel niet kunnen dienen voor een veroordeling van de betrokkene. In het ontwerp artikel 47bis, § 6, van het Wetboek van Strafvordering zouden de woorden "uitsluitend of in overheersende mate" dus moeten worden weggelaten. Als het ontwerp in die zin wordt aangepast, zou dit tot gevolg hebben dat de schending van artikel 6 EVRM in de eerste stadia van het onderzoek volledig kan worden hersteld in de loop van de procedure. Een veroordeling van de beklaagde op grond van andere gegevens zou dan mogelijk zijn, zonder dat er nog sprake zou zijn van een schending van artikel 6 EVRM ⁷⁵, op voorwaarde dat het verkrijgen van die andere gegevens niet het rechtstreekse

gevolg is van de verklaringen die de verdachte zonder bijstand van zijn advocaat heeft afgelegd ⁷⁶.

4. Afstand van het recht op bijstand door een advocaat

26. Het ontwerp bevat verschillende bepalingen waarbij voorzien wordt in de mogelijkheid van een expliciete of impliciete afstand van het recht op bijstand.

Het ontworpen artikel 47bis, § 2, derde lid, van het Wetboek van Strafvordering bepaalt dat de te ondervragen persoon vrijwillig en weloverwogen afstand kan doen van het recht om vóór het eerste verhoor een vertrouwelijk overleg te hebben met zijn advocaat. Die afstand moet schriftelijk gedaan worden, in een door de betrokkene gedateerd en ondertekend document. Het ontworpen artikel 2bis, § 1, vijfde lid, van de Voorlopige Hechteniswet bepaalt dat de aangehouden verdachte enkel na een vertrouwelijk telefonisch contact met de permanentiedienst vrijwillig en weloverwogen afstand kan doen van het recht op een vertrouwelijk overleg met een advocaat. De afstand moet ook in dit geval schriftelijk gedaan

⁷³ "It is to be underlined that the extent to which the applicant's initial confession affected his conviction is of no importance. That it irretrievably prejudiced the right of defence is presumed once it is established that it had some bearing on the conviction. While not being the sole basis for the applicant's conviction in the present case, the impugned confession undoubtedly influenced it and was relied on by the courts" (EHRM, 28 oktober 2010, Leonid Lazarenko t. Oekraïne, nr. 22313/04, § 57).

⁷⁴ EHRM, 21 december 2010, Hovanesian t. Bulgarije, nr. 31814/03.

⁷⁵ Voor voorbeelden, zie Cass., 22 juni 2010, *Arr. Cass.*, 2010, nr. 445; Cass., 27 oktober 2010, nr. P.10 1372.F.

⁷⁶ O. Michiels en A. Jacobs, "Les implications de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme sur les preuves. La jurisprudence Salduz et l'arrêt Gäfgen", *J.T.*, 2011, (153), pp. 156-157, nr. 15, en p. 158, nr. 22.

et signé par l'inculpé. Si l'inculpé détenu est mineur, il ne peut pas faire de renonciation. L'article 2bis, § 2, alinéa 6, en projet, de la loi détention préventive énonce que l'inculpé majeur détenu peut volontairement et de manière réfléchie renoncer à l'assistance d'un avocat pendant l'audition. Il en est fait mention dans le document visé à l'article 2bis, § 1^{er}, alinéa 5, précité, ou dans le procès-verbal d'audition que signe l'inculpé.

En outre, l'article 47bis, § 2, alinéa 4, en projet, du Code d'instruction criminelle instaure une sorte de présomption de renonciation. Cette disposition concerne l'hypothèse où l'audition a lieu sur convocation écrite qui contient une énumération des droits à communiquer à l'inculpé ainsi qu'une notification succincte des faits sur lesquels il sera entendu. En pareil cas, l'inculpé (non détenu) est censé avoir consulté un avocat avant de se présenter à l'audition. Il en résulte que les services de police ne doivent plus lui permettre l'occasion de se concerter avec un avocat avant l'audition.

27. La Cour européenne reconnaît la possibilité de renoncer au droit à l'assistance. Dans l'arrêt *Salduz*, elle considère ce qui suit:

“La Cour rappelle par ailleurs que ni la lettre ni l'esprit de l'article 6 de la Convention n'empêchent une personne de renoncer de son plein gré, que ce soit de manière expresse ou tacite, aux garanties d'un procès équitable (*Kwiatkowska c. Italie* (déc.), n° 52868/99, 30 novembre 2000). Toutefois, pour être effective aux fins de la Convention, la renonciation au droit de prendre part au procès doit se trouver établie de manière non équivoque et être entourée d'un minimum de garanties correspondant à sa gravité (voir *Sejdovic c. Italie* [GC], no 56581/00, § 86, CEDH 2006-..., *Kolu*, précité, § 53, et *Colozza c. Italie*, 12 février 1985, § 28, série A n° 89)”⁷⁷.

Les dispositions en projet relatives à la renonciation explicite se concilient en principe avec les conditions qu'impose la Cour européenne. Le Conseil d'État observe toutefois que pour apprécier le caractère “volontaire et réfléchi” de la renonciation, il faudra tenir compte des circonstances concrètes. Il ressort en effet de la jurisprudence de la Cour européenne que la particulière vulnérabilité d'un inculpé peut impliquer qu'il ne pourra pas faire une renonciation valable⁷⁸.

En outre, on n'aperçoit pas pourquoi il est prévu que seuls les inculpés privés de leur liberté doivent être majeurs pour

worden, in een door de verdachte gedateerd en ondertekend document. Als de aangehouden verdachte minderjarig is, kan hij geen afstand doen. Het ontworpen artikel 2bis, § 2, zesde lid, van de Voorlopige Hechteniswet bepaalt dat de meerderjarige aangehouden verdachte vrijwillig en weloverwogen afstand kan doen van het recht op bijstand door een advocaat tijdens het verhoor. Hiervan wordt melding gemaakt in het document bedoeld in het hiervóór vermelde artikel 2bis, § 1, vijfde lid, of in het proces-verbaal van verhoor, dat door de verdachte wordt ondertekend.

In het ontworpen artikel 47bis, § 2, vierde lid, van het Wetboek van Strafvordering wordt voorts voorzien in een soort vermoeden van afstand. Die bepaling heeft betrekking op de hypothese dat het verhoor gebeurt op schriftelijk uitnodiging waarin de aan de verdachte mede te delen rechten worden opgesomd en waarin een beknopte mededeling wordt gedaan van de feiten waarover hij zal worden verhoord. In een dergelijk geval wordt vermoed dat de (niet-aangehouden) verdachte een advocaat heeft geraadpleegd vooraleer zich voor het verhoor aan te bieden. Het gevolg is dat de politiediensten hem dan niet meer de gelegenheid moeten geven om vóór het verhoor een overleg te hebben met een advocaat.

27. Het Europees Hof erkent de mogelijkheid om afstand te doen van het recht op bijstand. In het arrest *Salduz* overweegt het als volgt:

“*The Court further recalls that neither the letter nor the spirit of Article 6 of the Convention prevents a person from waiving of his own free will, either expressly or tacitly, the entitlement to the guarantees of a fair trial (see Kwiatkowska v. Italy (dec.), n° 52868/99, 30 November 2000). However, if it is to be effective for Convention purposes, a waiver of the right to take part in the trial must be established in an unequivocal manner and be attended by minimum safeguards commensurate to its importance (see Sejdovic v. Italy [GC], n° 56581/00, § 86, ECHR 2006-...; Kolu, cited above, § 53, and Colozza v. Italy, 12 February 1985, § 28, Series A n° 89)”⁷⁷.*

De ontworpen regelingen in verband met de expliciete afstand zijn in beginsel verenigbaar met de voorwaarden die het Europees Hof stelt. De Raad van State merkt wel op dat bij de beoordeling van het “vrijwillig en weloverwogen” karakter van de afstand rekening zal moeten worden gehouden met de concrete omstandigheden. Uit de rechtspraak van het Europees Hof blijkt immers dat de bijzondere kwetsbaarheid van een verdachte met zich kan brengen dat hij geen geldige afstand kan doen⁷⁸.

Bovendien is niet duidelijk waarom enkel in verband met verdachten die van hun vrijheid zijn beroofd wordt bepaald dat zij meerderjarig moeten zijn om geldig afstand te kunnen

⁷⁷ Cour eur. dr. h. (GC), 27 novembre 2008, *Salduz c. Turquie*, § 59.

⁷⁸ Cour eur. dr. h., 27 janvier 2011, *Bortnik c. Ukraine*, n° 39582/04, §§ 40-44. Voir aussi Cour eur. dr. h., 31 mars 2009, *Plonka c. Pologne*, n° 20310/02, §§ 37-38.

⁷⁷ EHRM (Gr. K.), 27 novembre 2008, *Salduz t. Turkije*, § 59.

⁷⁸ EHRM, 27 januari 2011, *Bortnik t. Oekraïne*, nr. 39582/04, §§ 40-44. Zie ook EHRM, 31 maart 2009, *Plonka t. Polen*, nr. 20310/02, §§ 37-38.

pouvoir faire une renonciation valable ⁷⁹. La différence de traitement entre des mineurs privés de leur liberté et d'autres mineurs semble difficilement justifiable. L'article 47bis, § 2, alinéa 3, en projet, du Code d'instruction criminelle devrait également disposer que les mineurs (non détenus) ne peuvent pas renoncer au droit de concertation préalable avec un avocat.

Une renonciation implicite est possible s'il est démontré que l'intéressé pouvait raisonnablement prévoir les conséquences de son comportement ⁸⁰. En soi, les dispositions en projet selon lesquelles une concertation préalable avec un avocat ne peut être présumée que s'il est expressément notifié à l'inculpé qu'il a le droit de consulter préalablement un avocat (article 47bis, § 2, alinéa 4, en projet, du Code d'instruction criminelle) répondent à cette condition.

5. Dérogation motivée au droit à l'assistance d'un avocat

28. L'article 2bis, § 5, en projet, de la loi détention préventive dispose que pour les inculpés détenus, il peut être dérogé au droit à une concertation confidentielle avec un avocat et au droit à l'assistance d'un avocat pendant l'audition, "à la lumière des circonstances particulières de l'espèce, et pour autant qu'il existe des raisons impérieuses". Cette dérogation doit alors intervenir par une décision motivée du procureur du Roi ou du juge d'instruction en charge.

Comme l'indiquent les développements de la proposition initiale et le rapport de la commission du Sénat, le texte en projet s'inspire des termes de l'arrêt Salduz ⁸¹. Les développements précisent en outre que l'option est prise de ne pas inscrire des exceptions générales dans la loi mais que chaque dérogation soit motivée concrètement pour chaque dossier. Il est ensuite mentionné à titre d'exemples de dossiers dans lesquels une dérogation s'impose: "une affaire d'enlèvement, où il faut pouvoir réagir rapidement afin de localiser la victime qui est peut-être en danger de mort; une grave affaire de terrorisme, qui menace potentiellement la sécurité générale" ⁸².

⁷⁹ Les développements de la proposition initiale énoncent simplement qu'en cas de privation de liberté, des exigences plus strictes sont posées en ce qui concerne la possibilité de renonciation. À cet égard, il est fait référence à la jurisprudence de la Cour européenne qui souligne que plus les faits faisant l'objet de l'inculpation sont graves ou plus l'inculpé est une personne vulnérable, il convient de poser des exigences plus sévères pour la définition des modalités concrètes du droit d'assistance (p. 23). Dans les dispositions concernées, il ne s'agit toutefois pas de définir le droit d'assistance, mais bien les conditions de validité d'une renonciation à ce droit, quel qu'en soit le contenu.

⁸⁰ Cour eur. dr. h., 24 septembre 2009, Pishchalnikov c. Russie, n° 7025/04, § 77; Cour eur. dr. h., 5 avril 2011, Saman c. Turquie, n° 35292/05, § 32.

⁸¹ Développements, cités, p. 26, avec référence à la Cour eur. dr. h. (GC), 27 novembre 2008, Salduz c. Turquie, § 55; amendement n° 21 de Monsieur Mahoux et consorts, rapport au nom de la commission du Sénat, cité, n° 79.

⁸² Développements, cités, p. 26.

doen ⁷⁹. Het verschil in behandeling tussen minderjarigen die van hun vrijheid zijn beroofd en andere minderjarigen lijkt moeilijk te verantwoorden. Ook in het ontworpen artikel 47bis, § 2, derde lid, van het Wetboek van Strafvordering zou bepaald moeten worden dat (niet-aangehouden) minderjarigen geen afstand kunnen doen van het recht op een voorafgaand overleg met een advocaat.

Een impliciete afstand is mogelijk als aangetoond kan worden dat de betrokkene in redelijkheid kon voorzien wat de gevolgen van zijn gedrag zouden zijn ⁸⁰. De ontworpen regeling, waarbij een voorafgaand overleg met een advocaat pas kan worden vermoed als aan de verdachte uitdrukkelijk is meegedeeld dat hij het recht heeft om vooraf een advocaat te raadplegen (ontworpen artikel 47bis, § 2, vierde lid, van het Wetboek van Strafvordering), beantwoordt aan die voorwaarde.

5. Gemotiveerde afwijking van het recht op bijstand door een advocaat

28. Het ontworpen artikel 2bis, § 5, van de Voorlopige Hechteniswet bepaalt dat voor aangehouden verdachten kan worden afgeweken van het recht op een vertrouwelijk overleg met een advocaat en het recht op bijstand van een advocaat tijdens het verhoor, "in het licht van de bijzondere omstandigheden van de zaak en voor zover er dwingende redenen zijn". Dit moet dan gebeuren bij gemotiveerde beslissing van de procureur des Konings of de gelaste onderzoeksrechter.

Zoals in de toelichting bij het oorspronkelijk voorstel en in het verslag van de Senaatscommissie wordt uiteengezet, sluit de ontworpen tekst aan bij de bewoordingen van het arrest Salduz ⁸¹. In de toelichting wordt voorts uiteengezet dat ervoor geopteerd is om niet bij wet in algemene uitzonderingen te voorzien, maar om elke afwijking per dossier *in concreto* te laten motiveren. Als voorbeelden van dossiers waarin een afwijking zich opdringt, worden vervolgens vermeld: "een ontvoeringszaak, waarbij snel moet kunnen gereageerd worden om het slachtoffer te lokaliseren dat mogelijks in levensgevaar is; een ernstige zaak van terrorisme, waarbij de algemene veiligheid mogelijks bedreigd wordt" ⁸².

⁷⁹ In de toelichting bij het oorspronkelijke voorstel wordt eenvoudig gesteld dat in het geval van vrijheidsberoving striktere eisen inzake de mogelijkheid van afstand worden gesteld. Daarbij wordt verwezen naar de rechtspraak van het Europees Hof volgens welke, naarmate het feit waarop de verdenking betrekking heeft ernstiger is of de persoon van de verdachte kwetsbaarder, zwaardere eisen dienen te worden gesteld aan de wijze waarop invulling wordt gegeven aan het recht op bijstand (p. 23). Het gaat in de besproken bepalingen echter niet om de invulling van het recht op bijstand, wel om de vereisten voor de geldigheid van een afstand van dat recht, wat daarvan ook de inhoud is.

⁸⁰ EHRM, 24 september 2009, Pishchalnikov t. Rusland, nr. 7025/04, § 77; EHRM, 5 april 2011, Saman t. Turkije, nr. 35292/05, § 32.

⁸¹ Toelichting, aangehaald, p. 26, met verwijzing naar EHRM (Gr. K.), 27 november 2008, Salduz t. Turkije, § 55; amendement nr. 21 van de heer Mahoux c.s., verslag namens de Senaatscommissie, aangehaald, p. 79.

⁸² Toelichting, aangehaald, p. 26.

L'ancrage dans la loi de la dérogation possible paraît en soi admissible au regard de la jurisprudence. En outre, il ressort des exemples cités dans les développements que la disposition concernée doit être interprétée de manière restrictive. Cette disposition ne soulève dès lors aucune objection.

OBSERVATION FINALE

29. En accordant aux avocats le droit d'assister à l'audition d'un inculpé détenu, la loi en projet organise une exception au secret de l'information et de l'instruction.

La question se pose de savoir si le projet ne doit pas être complété par une disposition qui, par analogie à l'article 61^{ter}, § 4, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle⁸³, définit l'utilisation que l'avocat peut faire des informations dont il prend connaissance pendant l'audition. La récente loi française n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue, qui prévoit également le droit à l'assistance d'un avocat pendant l'audition de la personne détenue, insère dans l'article précédent du Code de procédure pénale un article 63-4-4 qui s'énonce comme suit:

“Sans préjudice de l'exercice des droits de la défense, l'avocat ne peut faire état auprès de quiconque pendant la durée de la garde à vue ni des entretiens avec la personne qu'il assiste, ni des informations qu'il a recueillies en consultant les procès-verbaux et en assistant aux auditions et aux confrontations”⁸⁴.

Les Chambres législatives pourraient éventuellement s'inspirer de cette disposition.

L'assemblée générale de la section de législation était composée de

Monsieur

R. Andersen, premier président
du Conseil d'État,

Messieurs

Y. Kreins,
L. Hellin,
P. Lemmens, présidents de chambre,

⁸³ L'article 61^{ter}, § 4, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle dispose: “L'inculpé ou la partie civile ne peut faire usage des renseignements obtenus par la consultation du dossier que dans l'intérêt de sa défense, à la condition de respecter la présomption d'innocence et les droits de la défense de tiers, la vie privée et la dignité de la personne, sans préjudice du droit prévu à l'article 61^{quinquies}”.

⁸⁴ JORF, 15 avril 2011, n° 0089, p. 6610.

Het wettelijk verankeren van de afwijkingmogelijkheid lijkt in het licht van de rechtspraak op zich aanvaardbaar. Uit de in de toelichting gegeven voorbeelden blijkt bovendien dat de betrokken bepaling restrictief geïnterpreteerd moet worden. Er bestaat dan ook geen bezwaar tegen die bepaling.

SLOTOPMERKING

29. Door aan de advocaten het recht te verlenen om aanwezig te zijn bij het verhoor van een aangehouden verdachte, voorziet de ontworpen wet in een uitzondering op het geheim van het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek.

De vraag rijst of het ontwerp niet moet worden aangevuld met een bepaling die, naar analogie van artikel 61^{ter}, § 4, tweede lid, van het Wetboek van Strafvordering⁸³, het gebruik omschrijft dat de advocaat kan maken van de informatie waarvan hij tijdens het verhoor kennis krijgt. Bij de recente Franse wet nr. 2011-392 van 14 april 2011 “relative à la garde de vue”, die ook voorziet in het recht op bijstand door een advocaat tijdens het verhoor van een aangehouden persoon, wordt in het voorafgaand artikel van de “Code de procédure pénale” een artikel 63-4-4 ingevoegd, dat luidt als volgt:

“Sans préjudice de l'exercice des droits de la défense, l'avocat ne peut faire état auprès de quiconque pendant la durée de la garde à vue ni des entretiens avec la personne qu'il assiste, ni des informations qu'il a recueillies en consultant les procès-verbaux et en assistant aux auditions et aux confrontations”⁸⁴.

De Wetgevende Kamers zouden zich eventueel door die bepaling kunnen laten inspireren.

De algemene vergadering van de afdeling Wetgeving was samengesteld uit

De heren

R Andersen, eerste voorzitter
van de Raad van State,

De heren

Y. Kreins,
L. Hellin,
P. Lemmens, kamervoorzitters,

⁸³ Artikel 61^{ter}, § 4, tweede lid, van het Wetboek van Strafvordering bepaalt: “De in verdenkinggestelde of de burgerlijke partij kan de door de inzage in het dossier verkregen inlichtingen alleen gebruiken in het belang van zijn verdediging, op voorwaarde dat hij het vermoeden van onschuld in acht neemt, alsook de rechten van verdediging van derden, het privé-leven en de waardigheid van de persoon, onverminderd het recht waarin artikel 61^{quinquies} voorziet.”

⁸⁴ JORF, 15 april 2011, nr. 0089, p. 6610.

Messieurs

J. Baert,
P. Vandernoot,
B. Seutin,
L. Detroux, conseillers d'État,

Messieurs

J. Velaers,
Y. De Cordt, assesseurs de la section
de législation,

Madame

D. Langbeen, greffier en chef,

Monsieur

M. Fauconier, greffier.

Les rapports ont été présentés par MM. X. Delgrange,
premier auditeur-chef de section et F. Vanneste, auditeur.

La concordance entre la version française et la ver-
sion néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de
M. P. Lemmens.

Le greffier en chef,

D. Langbeen

Le premier président,

R. Andersen

De heren

J. Baert,
P. Vandernoot,
B. Seutin,
L. Detroux, staatsraden,

De heren

J. Velaers,
Y. De Cordt, assessoren van de
afdeling Wetgeving,

Mevrouw

D. Langbeen, hoofdgriffier,

De heer

M. Fauconier, griffier.

De verslagen werden uitgebracht door de heren
MM. X. Delgrange, eerste auditeur-afdelingshoofd en
F. Vanneste, auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse
tekst werd nagezien onder toezicht van de heer P. Lemmens.

De hoofdgriffier,

D. Langbeen

De eerste voorzitter,

R. Andersen